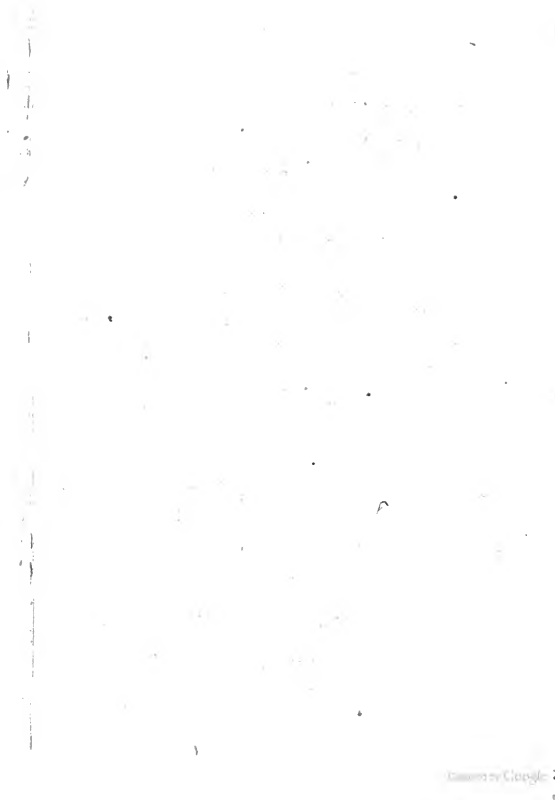
TEORIA
DELLE LEGGI
DELLA
SICUREZZA SOCIALE

DI

GIOVANNI CARMIGNANI

CAV. DEL R. ORDINE DEL MERITO SOTTO IL TITOLO
DI S. GIUSEPPE, PROF. DELLA I. E R. UNIV. DI PISA,
E SOCIO DI VARIE ACCADEMIE D'ITALIA.

TOMO IV.

PISA
PRESSO I FRATELLI NISTRI E Co.
1832.

TEORIA
DELLE LEGGI
DELLA
SICUREZZA SOCIALE

LIBRO IV.

DEL GIUDIZIO DELLA OFFESA, E DELLA DIFESA.

Quam iniquum sit in incognitis, et inexploratis judicare, nobis...... credite.
Fronton. *Fragm. Ed. Ang. Maj pag.* 336.

CAPITOLO I.

Carattere delle leggi giudiciarie penali (1).

Lo spirito umano onde discernere in un oggetto, che esiste fuori di lui, una qualità di cui

(1) Fu già osservato *lib.* 3. *cap.* 1. *pag.* 23. come la nomenclatura, quanto più gli oggetti scientifici si avvicinano allo stato della lor pratica giacitura, più può in questo lor cambiamento tornare ad essere quella, che l'uso forense ha già consecrata. Parlando in questo libro del modo con cui le leggi sulla offesa, e sulla difesa della sicurezza

si è già formata l'astratta e generica idea dee intraprendere una operazione, la quale ad ogni nuovo oggetto rinnuovasi, e tutta consiste nell'esame delle qualità particolari dell'oggetto che vuol conoscere, e nel confronto di queste qualità col modello, che l'astratta, e generica idea gliene ha fornita. I logici chiamano la idea astratta e generica il *sostantivo,* e l'applicazione sua ad un oggetto particolare la formazione dell'*aggettivo*. La legge stabilisce la vietata qualità di un'azione: ma ciò non basta. Ella dee soggiungere come debba procedersi per istabilire se la qualità vietata si verifichi o non si verifichi nell'azione particolare che cade in esame: dal che nasce la necessità di una nuova legge destinata a regolare la più retta e più precisa applicazione della prima ad ogni caso particolare, che vi sia riferibile. Così essendo apparirà a prima vista appropriata e compendiosamente espressiva la nomenclatura, la quale chiama *sostantiva* la prima legge, e la seconda *aggettiva* (1).

Ma se più maturamente la cosa si esamini, e si rifletta, che la legge seconda non dice nè può dire che il tale individuo ha infranta tal legge rendendosi meritevole di tal pena, e dee necessariamente essere, come legge anch'essa, gene-

sociale si applicano col giudizio attuale dall'una, e dell'altra la nomenclatura scientifica è ritenuta nella intitolazione del libro per servire all'ordine generale dell'opera, ma è abbandonata per le materie che in esso si trattano come già dichiarate penali.

(1) Bentham *Théorie des preuves judiciaires vol. 1. chap. 1.*

rica, la nomenclatura apparirà tale da non corrispondere perfettamente all' indole dell' oggetto, che si è proposta di esprimere. La regola dell'applicazione d'una legge ai casi particolari non è l'applicazione di questa legge. Se l'oggetto a cui deesi la legge applicare è nuovo sempre: se quest' oggetto nasce, e deriva dai moti morali degli uomini, come nelle offese della sicurezza sociale dee necessariamente accadere, la forza applicatrice debbe esser viva come vive sono le forze che tutto giorno, e in modi sempre nuovi la violano: questa forza debb'esser morale al pari di quelle che coll' applicazione della legge debbono esser represse: nè questa forza morale vivente o nella legge come regola scritta o altrove che nell' uomo potrebbe trovarsi.

Ammessa la necessità della legge regolatrice delle azioni degli uomini in quanto esser possono lesive della sicurezza sociale, della legge regolatrice della sua applicazione, e della forza morale dell' uomo che è il vero applicatore suo ordigno: chiamando la prima *legge penale,* la seconda legge norma del giudizio penale o legge di *procedura penale*, e ravvisando l' una e l' altra come regole limitative della libertà dell' uomo, è necessario concludere che la prima è costituita per frenare le passioni perturbatrici dell' ordine, e la seconda per frenar le passioni, e l' arbitrio del Giudice giacchè questa legge seconda priva di mezzi da animar la forza necessaria all' applicazione della prima se può dire al

Giudice ciò che gli è lecito, e ciò che non gli è lecito di fare non può dispiegare le morali forze, che tutte risiedono nella volontà, e nell'intelletto di lui come uomo (1).

L'offeso, o chi si reputa tale si presenta come una *forza*, la quale inclinerebbe a far la legge non che ad applicarla da se medesimo al suo supposto offensore. Questi dal proprio lato si presenta come *forza* non meno disposta a far da se stessa la legge, e applicarla a colui che lo accusa, trattandolo come falsario, e calunniatore. Per tenere queste due forze in giusti confini, e decidere qual delle due agisca legittimamente è necessaria una *terza forza*, che come tale dalle due forze rivali sia rispettata. Questa terza forza debbe esser tutta di creazione della legge, e di chi ha potere di farla. Le due forze rivali dell'*accusatore*, e del *reo* possono uscire in tutta la loro originalità, e in tutta la loro energia dal grembo della sensitiva natura. La forza del *Giudice* come norma, e momento di quelle due sembra dover escir tutta dalla ragione.

La imputazione e la pena, scritte nella legge quasi si trasmutano nel suo spirito. Egli deve decidere se un' azione umana lesiva dell'ordine

(1) Un moderno scrittore avendo formato il progetto d'un codice in due colonne l'una contenente la legge penale, l'altra la regola di procedura in tanti articoli corrispondenti agli articoli della prima per una miglior norma de' giudici sembra aver appresa la legge di procedura non come *limite*, ma come *guida* dell'oflizio del giudice. Livinghston *Projet d'un code pénal presenté à l'assemblée de l'état de la Louisiane trad. de Taillander, Paris* 1828.

avvenne: chi se ne rese l'autore: se l'azione anzichè essere offesa fu l'esercizio d'un dritto che la legge ha dovuto, e voluto proteggere: se fu l'effetto dell'umana debolezza, o della umana malvagità: qual grado di pena sia la giusta difesa, che la legge ha voluto nel caso opporre alla offesa. La soluzione di questi cinque problemi è alla balìa o dell'intelletto o della volontà di chi giudica. Se gli decide la volontà, il Giudice si trasforma in forza cospiratrice con una delle due rivali tra loro. Se gli decide l'intelletto, un error che l'offuschi produce gli stessi danni che un vizio di volontà. Qual sarà dunque il metodo, che diverrà guarentigia della imparzialità del Giudice: quale il criterio onde accertarsi della esatta corrispondenza delle sue decisioni alla verità delle cose decise? (1)

La storia e la ragione possono essere di guida e di scorta allo spirito umano onde scernere qual sia la strada migliore per risolvere quei problemi. Nella lor soluzione più retta stà il destino della società, e quello dell'individuo. La libertà civile ha in quella soluzione il suo compimento, la sua realtà, il suo vero e distintivo carattere. Le opinioni religiose, i sistemi morali, le ipotesi più o meno brillanti sulla origine, e sul titolo delle leggi, le dispute sulle forme del potere politico non hanno competenza o a stabilire, o a distruggere, o a modificare a lor grado una

(1) Sulla necessità della corrispondenza esattissima del giudizio colla legge Ved. Montesquieu *Esprit des loix liv.* 11. *chap.* 6.

verità di *fatto*, o di *dritto;* e se uno scrittore promette d' indagare qual sia il logico, e critico mezzo per meglio stabilire una tal verità, sarebbe ridicolo aspettar di vedere qual sia per essere il suo *sistema:* a quale opinione appartenga: perocchè la logica, e la critica o non son tali, o se tali pur sono debbono essere in tutte le menti le stesse.

CAPITOLO II.

Origini, e vicende storiche del giudizio penale.

Tutta la forza delle leggi viene a riunirsi, e concentrarsi ne' metodi della lor pratica applicazione. Se le leggi della sicurezza sociale furono prima fatti nella natura, e quindi divennero razionali concetti dello spirito umano (1), questa verità, forse non facile ad esser compresa astrattamente enunciata, ha una prova storica nelle naturali origini del giudizio penale.

Il delitto, la pena, il giudizio sono sentimenti nelle passioni degli uomini prima d'esser concetti nella loro ragione (2). Il selvaggio con poche relazioni con i suoi simili: concentrato tutto in sè stesso: valutando tutto per quel che sente: niente in lui essendo per il pensiero: governato dai soli appetiti della sensitiva natura: *egoista* in grado supremo apprende l'offesa dell' ordine in quella delle sue affezioni: colla sola scorta delle affezioni ne giudica: e tutto il sistema della sicurezza è nella vendetta per lui: sistema connaturale non che proporzionato allo stato

(1) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 2. 3.

(2) Ben disse il Vico, essere state prima le leggi, dopo i filosofi *Scienza nuova vol.* 3. *pag.* 119.

delle sue idee, le quali di ben poco sono sopra a quelle de' bruti animali (1).

In questo stato morale degli elementi del giudizio che dee proporzionare la difesa all' offesa sono essi compresi in una forza unica, passionata tutta, senza equilibrio, tutta rivolta ad una direzione sola, quella cioè di calmare col male dell' offensore il dolor della offesa. La offesa potrebbe essere più opinata che vera: ella potrebbe essere stata giustamente inferita: potrebbe esser pure scusabile: una fatale apparenza potrebbe mostrare alcuno come autor della offesa, ed aver essa un autore diverso. La passione colla benda sugli occhi segue con moto precipitoso l' impulso, che la svegliò, e và come sasso scagliato ove il moto ad essa comunicato la spinge (2).

Un autorità è pur necessaria per regolare il giudizio della offesa e della difesa. Per la mente, e per le passioni del selvaggio, in cui la unità individuale è fortemente sentita, non ve ne può essere fuor di quella di Dio. Ma nella sua mente la idea d' un Ente Supremo autore e regolatore delle cose create non giunge tant' oltre da comprendere come esso di sua natura sia testimone,

(1) Uno spaventevole esempio di questo giudicar del selvaggio è narrato dal viaggiatore D. Rotelet, e riferito da Alibert *Phisiologie des passions vol.* 2. *pag.* 220. Per gli antichi vedasi Tacit. *De morib. Germ. cap.* 21. Vell. Paterc. *lib.* 2. c. 118.

(2) « .... *Ardet stimulis, ferturque nocendi*
« *Prodigus, ignarus caussae.*
Claud. *De cons. Mallii v.* 229. *et seq.*

e vindice inevitabile delle men rette azioni degli uomini. Questa idea sebbene suppongasi innata nella umana *coscienza* (1) giace oscura ed ottusa nell'animo del selvaggio: si risveglia, e quasi si scuote nelle grandi crisi degli elementi ma non altera in lui la opinione della illimitata indipendenza sua nel giudicare de' torti che gli sono inferiti, e nel prenderne riparo a suo grado. La sola attività del pensiero trae per così dire l'uomo fuor di se stesso: il sentimento tende a racchiuderlo tutto in se: onde nella mente del selvaggio non cape la complicata idea d'un'autorità, la quale intervenendo tra l'offensore, e l'offeso giudichi imparzialmente tra l'uno e l'altro, e serva di remora al rovinoso moto della vendetta (2).

Appena però la mente dell'uomo s'inalza ad una perfetta cognizione di Dio ravvisando la sua dipendenza da lui, questa cognizione diviene l'unico e solo criterio estimator della offesa. Nella opinione del barbaro tutto il creato è sotto la immediata mano di Dio: tutto è protetto da lui, e dal patto, che gli è piaciuto stabilire cogli uomini. In questo stato delle sue idee il delitto è l'offesa di Dio: la pena è la espiazione solenne della irritata Divinità: il giudizio del-

(1) Tutti sanno che la sana teologia non ammette gli atei detti *negativi* contro quel che ha scritto il Bayle ne' suoi pensieri sulla cometa del 1660.

(2) Giovenale *Sat. XIII.* Terenzio *Hecyr. act.* 3. *sc.* 1. Seneca *De ira lib.* 1. c. 13. osservano come per questa ragione il senso della vendetta è connaturale alle donne, ai fanciulli, ai vecchj, e ai malati.

l'una e dell'altra è giudizio di Dio manifestato da lui per tutti i modi, che alla umana credulità piacque d'immaginare (1).

Ma anco in questo nuovo stato di cose il giudizio, che deve proporzionare la difesa all'offesa consiste in una forza unica, la quale appunto come unica manca dell'equilibrio che aver dovrebbe onde divenir mezzo di riparazione dell'ordine. La forza altro non fece che cambiar di luogo, passando da un cuore agitato da violenta passione a una mente tutta preoccupata dall'idea d'un intervento attuale immediato di Dio, il cui giudizio rende inammissibile quello dell'uomo.

Questa idea venne in seguito a prendere forme diverse secondo il diverso carattere, e le diverse abitudini delle nazioni. Fra i popoli bellicosi il giudizio di Dio si manifestò per mezzo della forza dell'uomo, e produsse il duello (2). Fra i po-

(1) *Regnator omnium Deus: cetera subiecta atque parentia*. Tacit. *De morib. Germ. cap.* 39. Montesquieu *Esprit des loix liv.* 28. *chap.* 17. Per gli antichi vedasi Sophocl. *In Antiq.* Pausan. *in Achaic.*, Eustath *lib.* 7. 11. *De amor. Ism.*, Valer. Maxim. *lib.* 8. *cap.* 1. *num.* 5. Per il medio evo Muratori *De judiciis Dei antiq. diss. antiq. Ital. vol.* 3., Becman *De judiciis Dei*. Le-Brun *Histoire critique de pratiques superstitieuses liv.* 4. *chap.* 3. §. 13. Un dotto ed ingegnoso scrittore ha storicamente provato come vi ha una somiglianza perfetta tra gli usi, e i costumi de' tempi eroici, e quelli del medio evo. *The history of Greece by* William Mitford. *vol.* 1.

(2) Vell. Patercul. *lib.* 3. *cap.* 118. Denina *Rivoluzioni d' Italia lib.* 7. *cap.* 8. Mario Pagano *Saggi politici vol.* 3. *cap.* 8. ma sopra ogni altro l'eruditissimo Gilbert Stuart *A view of society in Europe in its progress from rudeness to refinement etc. Basil* 1797. *b.* 1. *chapt.* 11. *sect.* 4. *pag.* 45. L'insigne Hallam *History of the middle age chapt.* 2.

poli più docili al salutare ascendente della religione il giudizio di Dio si manifestò per mezzo della umana *coscienza*, e fece nascere il criterio del *giuramento* (1).

Il duello però fu tra le nazioni ancor barbare un gran passo verso un ordine migliore di cose. In luogo d' una forza unica regolatrice del giudizio della offesa e della difesa apparvero due forze tra loro rivali, ed opposte, e dovette da questo fatto nascere la prima idea d' un equilibrio tra loro. Fu allora soltanto, che la mente umana potè acquistar la idea d' un *accusatore*, e d' un *accusato*: d' un *attore*, e d' un *reo* (2).

Era il giuramento un mezzo più favorevole alla disciplina sociale, ed all'ordine. Se il duello presupponeva ogni criterio di verità nella forza,

part. 2. inclina a credere, che il duello non si praticasse in Francia finchè vi furono in uso le prove dell'acqua, del fuoco ec. ma ammette poi esempj di questo metodo giudiciario anco in tempo anteriore. Il Thomasio *Diss. de occas. concept. ac intent. constitutionis Carolinae diss.* 89. §. 20. *not. c.* fa un lungo ragionamento per provare, che il *duello* è il giudizio penale del gius di natura per l'uomo, e combatte l'argomento in contrario dedotto da molte leggi del dritto romano comecchè parlino di stato in cui è già una civile giurisdizione alla quale ricorrere.

(1) Fino dai tempi di Carlo Magno si conobbe il lubrico di questa prova come guarentigia che la umana coscienza fornisce. *Leg. Long. Car. M.* 66. « *Melius foret homines in campis contendere quam perjurium perpetrare* ». Montesquieu *Esprit des loix liv.* 28. *chap.* 17. riferisce una legge di Gondebaldo Re di Borgogna la quale ammesse il duello in preferenza del giuramento onde non fosse preso sopra *fatti oscuri*, e non violato sopra fatti *certissimi*.

(2) Montesquieu *Esprit des loix liv.* 28. *chap.* 14. accenna come il duello fu l'effetto dell'ammissione delle prove *negative* non ammesse nel sistema delle purgazioni volgari.

e nella destrezza del corpo, il giuramento incominciava a mostrare che la verità avea bisogno d'una prova se non *logica* almeno *morale*. Se il primo metodo tutto faceva dipendere dall'asserzione dell'accusatore, e del reo, il secondo fornì ne' *congiuratori* la prima idea della prova per mezzo di testimonj, e così d'una prova più disinteressata e credibile di verità. Siccome il giuramento non esponeva come la prova per l'acqua, pel fuoco, e pel duello ad alcun rischio di vita chi l'assumeva, all'oggetto di ammettere a far valer questo mezzo o per asserire, o per impugnare la offesa fu sentita la necessità, che egli avesse chi giurasse per lui. Convenne stabilire il numero de' giuratori: il modo con cui doveano presentarsi a giurare: la formula del lor giuramento. Così alla idea delle due forze rivali dovette aggiungersi quella della *prova* degli *atti*, e delle *forme*, sotto le quali quelle due forze erano costrette a spiegare la lor respettiva energìa (1).

Ma fino a questo punto le due forze rivali agivano l'una sull'altra. L'equilibrio poteva nascere dalla eguaglianza dell'una, e dell'altra: la vittoria dalla maggiore energìa, o dal maggior peso dell'altra sull'una. La necessità di ammettere tra queste due forze rivali una terza forza, la quale facendosi rispettare da loro vegliasse

(1) Le forme solenni per l'assunzione del giuramento sono esposte dal Du-Cange *Gloss. voc. juramentum*, e da Gregorio Turonens. *De mirac. cap.* 33.

alla esecuzione esatta, e fedele delle forme divenute necessarie nella loro contesa, e all'esame del valor della prova che nel caso di giuramento se ne doveva arguire, fornì la idea d'un'autorità, la quale presiedesse al giudizio: tenesse nei lor giusti confini le due forze rivali: servisse quasi di pernio tra loro, e decidesse qual delle due dovesse ottenere preponderanza sull'altra. Di qui nacque la idea d'un *giudice* e del suo *offizio:* forza anch'esso però, perchè forza di resistenza onde stabilir l'equilibrio tra le due venute a contesa tra loro; e nacque la idea d'un locale destinato a esaurire il litigio (1).

Conveniva però che il Giudice come terza forza necessaria all'equilibrio delle due forze rivali o come tale ad esse da se medesimo si presentasse obbligandole a riconoscerlo, o fosse come tale scelto, ed accettato da loro.

Come la prima idea d'una prova necessaria a stabilire la verità dell'asserzione dell'accusatore e del reo era venuta dal giuramento così dal giuramento medesimo dovette nascere quella della necessità d'un Giudice. Il caso d'un egual numero di giuratori per l'una parte, e per l'altra dovette presentarsi sovente; e dovette esser sentita la necessità di trovare in questo conflitto il modo di farlo cessare. Il criterio del giuramento occupando per la influenza delle idee religiose

(1) Il giuramento giudiciario prestavasi nelle chiese, ed eravi anco nel Palazzo del Re una cappella apposta per questa ceremonia. *Esprit des loix liv*. 28. *chap*. 18. *in not*.

tutta la mente degli uomini come avea fatti scegliere i testimonj dovette fare scegliere i giudici, testimonj per così dire della verità delle testimonianze dall'accusatore, e dall'accusato dedotte, e *giuratori* o *giurati* al pari de'testimonj ancor essi: quasi rappresentanti la coscienza del paese in mezzo al quale era stata inferita la offesa (1).

Fino a questo punto giunger potevano le forze morali della natura umana per fornire un'abbozzo qualunque del giudizio penale senza soccorso d'idea di dritto, o di scienza che al dritto si referisse. Questo punto chiude un periodo di tempo, che la filosofia della storia può considerar diviso in tre stadj: il primo rappresentante il giudizio nella privata vendetta regolato dalla fôrza del corpo: il secondo rappresentante il giudizio nella espiazione dell'offesa di Dio regolato dal suo solo oracolo nelle sorti: il terzo rappresentante il giudizio come criterio di verità fornito dagli uomini che si reputavano di più retta ed illibata coscienza (2): dal che appare che il

(1) I testimonj furono detti *compurgatores*, *sacramentales*, *juratores*. Questo punto d'istoria connettendosi con quella delle più verisimili origini del *jury* sarà più diffusamente trattato nel successivo capitolo XIV.

(2) G. B. Vico *Principj di scienza nuova lib.* 4. *pag.* 75. ammette tre epoche ne' giudizj: i giudizj di *Dio*: quelli della *forza*: quelli della *ragione*. Sebbene in questo piano non entri il periodo della vita *selvaggia* esso non è esattamente conforme ai dati della filosofia della storia. Un ingegnoso scrittore parlando della divisione, che i poeti fanno delle età della società umana in età dell'oro, dell'argento, del bronzo, e del ferro, applicata poi a quella dell'eloquenza, spiritosamente

criterio della *coscienza* tra popoli ancora avvolti nelle tenebre della ignoranza, e della barbarie si presentò alla mente degli uomini come il meno peggiore tra gli altri due (1). La storia di tutti i popoli nella infanzia del viver civile conferma questo andamento di cose, il quale d'altro lato dedotto dalle generali caratteristiche della umana natura non può esser tacciato di romanziero e fattizio.

La storia cambia di faccia, diventa varia, fluttuante ed incerta, allorchè nella mente degli uomini chi presiede al giudizio non è più considerato come guarentigia di verità, ma come forza politica, la quale nell'uomo esercita un atto di superiorità su' suoi simili.

Dacchè alle idee d'un potere tutto *teocratico* successero quelle d'un potere *politico*, e la mente umana avendo appreso a trarre una linea divisoria tra l'impero del cielo e quel della terra, lasciato il primo alla Divinità e a' suoi delegati, pensò dover da se sola dar sistema al secondo, i principj religiosi, o i prettamente morali dovettero cedere il luogo a quelli del dritto come titolo legittimo della forza necessaria a guidare la umana volontà al miglior ordine delle cose civili

osserva doversi rovesciare la nomenclatura e incominciare dall'età del ferro. *The four ages* by William Yackson. *London* 1798.

(1) Il Clero, il quale rappresenta tutta la scienza, e tutto il dritto di quella età fu sempre contrario al duello, e si sforzò, proporzionandosi alla ignoranza de' tempi, di fargli prevalere la prova per il giuramento. Renazzi *De orig. seu form. judic. crim. diatriba* §. 11. *pag.* 39.

e politiche (1). Il potere di giudicare della offesa e della difesa della città, essendo stato sentito anco prima che ravvisato esser la più rilevante parte del potere politico, o fu afferrato tutto da chi ebbe solo l'impero, o divenne oggetto di ambizione, e di gelosìa reciproca tra i ceti della città, che tra loro se ne contesero l'esercizio. Nel qual nuovo stato di cose il giudizio della offesa, e della difesa non fu meno in balìa delle umane passioni, essendo alle superstiziose le politiche succedute: nè potette quel giudizio esser meno una combinazione di forze, o esercitandolo quella che sola comprimeva tutte le altre nella città, o divenendo una transazione tra quelle che colle armi alla mano contendevano o di eguaglianza o di supremazìa tra di loro.

La storia non smentisce anzi conferma co' generali suoi dati queste nuove vicende del giudizio della offesa, e della difesa per opera delle ambiziose passioni degli uomini; e la storia di Grecia, e più specialmente di Roma, nostra maestra nel dritto, presenta in questo aspetto le cose, tanto più istruttivo e più vero in quanto la civiltà degli antichi si trovò più vicina assai di quella de' moderni alla originale opera della natura nell'uomo.

Senza discuter qui se la monarchìa o la democrazìa sia stata il primo governo degli uomini,

(1) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 102. ove confrontando il *dritto* colla *morale* fu osservato, essere il primo il legittimo titolo della forza.

ma non essendo dato dissimulare che la storia pone ovunque in scena la prima innanzi della seconda (1), i primi bagliori del metodo giudiciario lo rendono visibile tutto, e indiviso tra le mani de' capi supremi delle nazioni (2).

(1) G. B. Vico *Principj di scienza nuova lib.* 4. *pag.* 31. confutando Bodino opina per l'aristocrazia con base di schiavitù. Questo punto congetturale della filosofia della storia è ampiamente trattato da Millar *The origin of the distinction of rancks chapt.* 3. Home *Sketches of the history of man Book* 2. *sect.* 2. *pag.* 164. dà la priorità alla democrazia. Ferguson *Essay on the history of civil society part.* 3. *sect.* 2. è inclinato a distinguere i piccoli stati, ed i grandi. Facilmente s'intende, che quando i fatti generali son certi è inutile disputare sulla lor più vera cronologia.

(2) Mario Pagano *Saggi politici saggio* 4. *cap.* 4. impugnando, che ne' tempi eroici, e barbari il poter giudiciario fosse esercitato dai Re suscita una questione di parole, e tratta assai leggermente la storia di Roma sotto i Re e sotto i primi Consoli. Egli che si compiace trarre analogie storiche da Omero, da Esiodo, e spesso dall'Ariosto si presenta con un' assai scarsa e misera suppellettile di cognizioni storiche in questa materia. Mario Pagano, uomo di grande ed elevato carattere sostenne la celebrità de' suoi scritti con quella delle sue vicende politiche, cosa resa assai frequente a' dì nostri; e fu più immaginoso che critico nella filosofia della storia. Che fino da' tempi eroici i Re esercitassero il poter giudiciario si legge in Esiodo *Theog. v.* 88. *et seg.*

Τοὔνεκα γαρ βασιλῆες ἐχέφρονες, οὕνεκα λαοῖς
Βλαπτομένοις ἀγορῆφι μετατροπα ἔργα τελεῦσι
Ῥηϊδίως, μαλακοῖσι παραιφάμενοι ἐπέεσσι

versi de' quali il Renazzi senza riportarli originalmente, e senza indicare il luogo d'Esiodo d'onde son tratti dà la traduzione cha segue

« *Hoc uno Reges olim sunt fine creati*
« *Dicere jus populis, injustaque tollere facta.*

Pretende il Niebhur, che i Re a Roma giudicassero de' delitti de' soli plebei con appello al Senato. *Storia Romana part.* 1. *pag.* 357. 424. Se il primo bisogno politico degli uomini fu quello d'avere un' autorità, la quale componesse i loro litigj il più antico governo dovette esser quello de' Re, e tale in realtà lo dimostra la storia. Caesar *De Bell. Gall. lib.* 6. *cap.* 22. Tacit *De morib. germ. c.* 12. Arist. *De rep. lib.* 1. *c.* 3. *lib.* 3. *c.* 14. Dionis. *Lib.* 5. *c.* 74. Cic. *De legibus lib.* 3. *c.* 2. Salust. *De bell. Catil. cap.* 2. Lucret. *De rer. nat. lib.* 5. *v.* 1135.

Ma comecchè i giudizj senza regola, e norma scritta, e col solo ajuto del senso morale in gran parte si esercitassero (1) appena l'elemento democratico riuscì a soggiogare il monarchico, il giudizio penale potè facilmente dal Re passare nel popolo il quale credè d'aver anch'esso il suo senso morale per maneggiarlo con rettitudine. Il giudizio della *coscienza* altro allora non fece che cambiare di luogo passando dall'abituro reale alla piazza della città: dal coperto d'un tetto allo scoperto del cielo: da un consiglio privato ad una popolare numerosa adunanza (2). Se la città si compose di più ordini ogni moto politico risvegliò questioni sul dritto di giudicare: un ceto lo tolse all'altro: talvolta due ceti rivali lo confidarono come temperamento, e transazione tra loro a un terzo ceto (3), e le dispute sulla migliore amministrazione della giustizia furon dispute di ambizione per lo più imbrattate di umano sangue, che le civili discordie son sempre pronte a versare (4).

(1) *Arbitria Principum pro legibus erant*. Just. *Histor.* Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 121. *not.* 1.

(2) In Atene il Tribunale degli *Heliasti* fu così detto per le sedute, che i numerosi giudici, che lo componevano, tenevano a cielo scoperto ed ai raggi del sole. *Suida Aristofane, e Meursio presso* Pastoret *Histoire de la legislation vol.* 6. *pag.* 394.

(3) Le rivoluzioni frequenti del poter giudiciario a Roma, e il suo passaggio dal senato al popolo, dal popolo al senato, e da questi due ordini a quello de' cavalieri sono diffusamente narrate da Beaufort *La Rep. Rom. vol.* 4. *pag.* 99. 111. Midleton *Life of Cicero Book.* 1. *An. Rom.* 683, *Cic.* 37.

(4) Il sangue de' Gracchi de' quali Scipione Nasica diceva *jure caesos videri* macchiò il pavimento del Senato di Roma principalmente

Nacque allora una forza, la quale manifestandosi nella parola pronunciata da uomini che si annunziavano probi, e periti nel dire (1), prometteva in mezzo a tante passioni, e tanti scompigli il regno della ragione. Ma gli oratori occuparono il campo del giudizio penale più come forze combattenti che come forze ragionatrici armandosi di prestigj retorici nel comporre, e di artifizi drammatici nel declamare onde trarre i giudici, e il popolo, divenuti la cosa medesima, o ad assolvere il colpevole o a condannare l'innocente a lor grado nel modo stesso che nelle assemblee della nazione aveano sostenuto or l'una or l'altra parte politica o nella elezione del cittadino alle cariche, o nella determinazione ad accogliere, o rigettare un progetto di legge (2).

Questo sistema fondato tutto sulle passioni politiche ed avendo titolo di politica libertà (3)

per questa causa. Appian. *lib.* 1. *pag.* 180., Vell. Paterc. *lib.* 2. *c.* 13., Plutarc. *In Gracch.*

(1) Cicerone e Quintiliano definiscono l'oratore *vir bonus dicendi peritus*. Ved. il *lib.* 1. *cap.* 14. *pag.* 243. *not.* 1. Lo strano contrasto tra la *teorìa*, e la *pratica* nella spiegazione di questa celebre *formula* sarà da me esposto nel *Discorso storico-giuridico sulle vicende della eloquenza forense*.

(2) L'esame della *coscienza* oratoria è divenuto spesso soggetto di veementi declamazioni; il confronto dell'*oratore*, e del *giureconsulto* non meno. Questo soggetto fu a scapito del primo acremente, e con atrabile trattato da Nicola Vigelio *Instructorium judicum Francofurti* 1581. *pag.* 161. 199.

(3) Notai altrove come Renazzi e Pagano non seppero bene apprezzare la differenza tra la libertà *civile*, e la *politica*. *Lib.* 1. *cap.* 10. *pag.* 163. *not.* 1. Pagano aumentò in questa materia la confusione nei suoi *saggj politici*, *Saggio* 5. *cap.* 16. 17..

doveva necessariamente perir con essa. Infatti tutto il giudizio penale dalla *coscienza* del *popolo* passò in quella del *despota*. Come il popolo fece la legge, e l'applicò da se stesso così il despota fece (1); se all'uno bastò di dirsi intimamente convinto per assolvere, o condannare, l'altro diversamente non operò: se la tortura fu criterio di verità sotto gli auspicj del primo (2) ella continuò ad esserlo sotto il secondo.

Tutti gl'Imperatori Romani stimarono la giustizia civile: pochi e rari apprezzarono la penale, volendola i più a lor grado, ed imitando anco in questo l'autorità popolare di cui si chiamarono successori (3): perocchè il popolo a Roma lasciò tutto il dritto civile ai giureconsulti, e riserbò tntto il penale o ne'*comizj* o nelle *questioni perpetûe* a sè stesso (4).

Triboniano avendo esclusi dalla sua compilazione tutti i giureconsulti del tempo della repubblica (5) non ha tolto niente alla posterità nelle penali materie. Ma l'uffizio salutare che i giureconsulti Romani prestarono in queste ma-

(1) Montesquieu *Grandeur, et decadence des Romains chap.* 16. Ved. il *lib.* 1. *cap.* 15. §. 2. *pag.* 283. *not.* 2.

(2) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 11. *pag.* 183. *not.* 1. Cicerone *Partit. orator. cap.* 34. dice la tortura istituita *more majorum*. Ella era in uso anche innanzi alle *questioni perpetue*. Schmiedicke *De histor. process. crim. com. cap.* 8. §. 5.

(3) Vedi il *lib.* 1. *cap.* 15. §. 2. *pag.* 279. *not.* 2., e Holtius *Lineamenta historiae jur. rom. vol.* 1. §. 582. *et sqq.*

(4) I Gracchi sommossero la città per i giudizj penali non pe' civili. Ferratii M. Antonii *Epistolae, Venetiis* 1738. *ep.* 1.

(5) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 15. §. 2. *pag.* 245.

terie alla umanità ed alla giustizia sotto gl'Imperatori come oggetto razionale, e non storico non appartiene alla presente ricerca.

Le esposte vicissitudini della forza: i narrati fenomeni delle passioni or brutali, or superstiziose, ed or politiche degli uomini in quanto influirono sulla origine, e sulla indole del giudizio penale, oltrechè possono far temere che o continuino, o rinnuovino questa loro fatale influenza se non col grado d'intensità con cui agirono tra i popoli antichi, e quelli del medio evo (1), almeno in parte anco tra le moderne incivilite nazioni (perocchè le umane passioni son sempre le stesse), offrono lo spettacolo di ciò che le nude forze della natura umana nella infanzia della ragione producono, aspettando, che dal suo pieno sviluppamento nascano, e si coordinino i concetti della mente, fonte unico delle leggi, a dar loro un sistema il più confacente ai bisogni della sicurezza sociale.

Disse un grande scrittore, essere di tal rilievo le leggi costitutive del giudizio penale che in uno stato il quale possedesse le migliori tra le

(1) È celebre ciò che avvenne in Inghilterra nel 1827. Certo Tornton accusato di premeditato omicidio sopra Maria Ashford dal fratello della uccisa, tradotto innanzi al *jury*, ed aggravato d'indizj, propose di purgarsene col *duello* o con *bastoni ferrati*, o con *pugni*. L'accusatore, basso di statura, e gracile di complessione al confronto dell'accusato, non accettò. Il giudice Lord Ellemborough, sussistendo sempre l'antica legge, e non accettando quello assolvè questi. Il fatto narrato dai giornali Inglesi è citato da Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *praef. pag. LVI.*, e ripetuto da Ad. Bossange *Des crimes, et des peines capitales*, *Paris* 1832. *pag.* 88. 93.

possibili un uomo condotto al supplizio sarebbe più libero di quel che sialo un Bassà in Turchia (1). La migliore combinazione di queste leggi può assomigliarsi ad un edifizio di solida, e maestosa struttura, il quale sia stato composto colla combinazione migliore delle forze, che pur ora fur viste agire, e reagire in un senso esagerato e violento perchè da leggi che loro convengono non regolate. Sembra perciò esser necessaria una scienza per ottenere una ragionata combinazione di quelle forze come è necessaria una scienza al meccanico, il quale per costruire un materiale edifizio non sceglie a caso o per le loro apparenze i corpi che debbon comporlo ma gli dispone a seconda delle leggi di gravità che ha già attentamente studiate.

(1) Montesquieu *Esprit des loix liv.* 12. *chap.* 2.

CAPITOLO III.

Della varietà delle forme del giudizio penale, e delle cause che la producono.

Invariabile è la nozione della offesa della sicurezza sociale sia nel suo titolo sia ne' gradi delle forze, che la compongono (1). Invariabile è la nozione del carattere *politico*, e del carattere *giuridico* della forza necessaria a sostenere la legge protettrice de' dritti o naturali o civili dell' uomo, o de' politici della società (2). Invariabile è pur la nozione della struttura generica de' mezzi, che la legge dee necessariamente concepire, e quasi autenticare col proprio suggello onde sia denunziata la offesa: accertata: dichiarata insussistente, o punita. Ma quest'ultima nozione come designativa del modo, con cui tre forze viventi dell' *accusatore*, dell' *accusato*, e del *giudice* si spiegheranno, è troppo vaga, e indeterminata se non indica i particolari espedienti, che la legge ha presi onde regolar quelle forze in ogni atomo del lor movimento.

Il complesso di questi espedienti, co' quali la legge tiene in giusti, e doverosi confini le forze

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 22.
(2) Ved. il *lib.* 3. *cap.* 1. 2. 3.

che danno principio, progresso, e fine al giudizio penale costituisce il *metodo giudiciario* o *processo*.

Se consultando la storia si scorge, che le idee di delitto, e di pena ebbero dal più al meno nelle cose alla sicurezza spettanti il valore medesimo nella mente degli uomini, non è dato di scorger lo stesso relativamente al modo di giudicarne, o almeno la differenza delle idee sul valor della offesa, e su quello della difesa è di gran lunga minore di quella che colpisce l'osservatore nelle forme del giudizio penale.

Narratori non mancarono a questa quasi inenarrabile varietà del penale giudizio (1) ma niun d'essi sembra aver fatta avvertenza a due problemi, che questo fatto risveglia. Sono determinabili con storica esattezza e giuridica le cause di questo strano morale fenomeno? La varietà delle forme del penale giudizio, quale indubitata, e quasi incalcolabile la presenta la storia ne indurrà una nella nozione de'diversi oggetti della imputazione, che la legge crea per segnalare la offesa e punirla (2)? Imperocchè se la imputazione è il giudizio della *legge:* se questo giudizio dee di-

(1) Sono da risconirarsi Cremani *De varia jurisprudentia crim. apud divers. Gentes Oratio Ticini Regii* 1775., Renazzi *De ordine seu forma judiciorum criminalium Diatriba op. vol.* 5., e quanto ai popoli a noi contemporanei Globig *Censura rei judicialis Europae liberae etc. part.* 1. *praef. historica* colla notabile epigrafe

« .... *Quis talia fando*
« *Temperet a lacrymis?*

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 2.

venire un giudizio attuale dell'*uomo:* se il modo d'instituirlo, di formarlo, e di proferirlo dipende, nè altrimenti può essere, dalla *forma* che la legge ha data al *giudizio penale*, può sospettarsi, che per la incalcolabile varietà di quella forma la imputazione nel lungo viaggio, se il modo di esprimersi è lecito, che è costretta a fare partendo dalla legge, e giungendo a colpir l'imputato perda molto della originaria sua indole, e acquisti mistura d'eterogenei principj, o almen di principj di diversa natura tra loro, appunto come una sorgente di pura, e limpidissima acqua passando nel correre per terreni di diversa natura perde la sua purità, e s'imbeve delle particelle le più sottili, che ad esse il terreno comunica.

Il processo penale dee necessariamente essere una combinazione di *giustizia*, e di *forza*. Gli è necessaria la forza perchè senza essa la superiorità che dee essere tra chi giudica, e chi è giudicato non potrebbe sussistere. Gli è necessaria la giustizia perchè il solo, e vero suo scopo è quello che rettamente ella sia amministrata, e perchè altro esser non può se non un ordigno *critico* il quale ponga in moto, ed in attività la imputazione dalla legge alla offesa preconcepita colla maggior possibile sicurezza, che questa imputazione, colpendo l'uomo, produca l'effetto medesimo come se lo colpisse la legge.

Ma la forza in tutte le umane cose ha una prepotente prerogativa. Le vicende osservate nel

precedente capitolo svelano la fatal verità, che il giudizio penale fu sempre e principalmente dalla forza predominato: or forza fisica, ed or d'immaginazione ne' superstiziosi metodi, che gli servirono di criterio: or forza d'un senso morale, il quale fece scambio della *imputazione* colla *coscienza:* or forza d'impero politico, o di gelosìa di potere di questo nome.

La storia lascia in ultimo luogo, ed addita il giudizio penale sotto la influenza di questa ultima forza, nè altrimenti per la natura delle cose può essere: perocchè se una superiorità tra chi è giudicato e chi giudica è necessaria: se questa superiorità non ammessa dal dritto della ragione è tutta creazione del dritto politico, unico combinatore della forza pubblica nella città (1), niuno è che possa impugnare dover principalmente le forme del giudizio penale avere una connessione strettissima col dritto pubblico che la domina.

Sorge qui la prima, e più capital differenza che esista tra la operazione della legge, la quale crea la nozione giuridica della offesa, e della difesa, e la operazione che crea, e costituisce il modo di giudicarne. La prima può aver regole certe invariabili: la seconda, almeno per quanto ne dice la storia, apparisce subordinata strettamente, inevitabilmente alla forma del governo della città, e a tutte le sue possibili variazioni.

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 6. *pag.* 77.

Considerando la forma del governo quasi come necessario ingrediente del metodo giudiciario penale la teorìa scientifica di questo metodo chiamerà *principio politico* la influenza, che essa vi esercita.

Ma sembrano quasi mancar le parole ad esprimere le tante idee, che in questa intricata materia alla mente si affollano. Concessa al principio politico pur ora indicato la influenza, che esso vuole esercitare sul metodo giudiciario penale, ricompariscono qui a contrastarsi il terreno il principio *politico* inerente alla pena, e il principio di *giustizia*, determinato sempre o a respingerla, o a restringerla ne'più angusti confini (1).

Si presentano dunque qui due principj ambi politici ma d'origine, e di scopo diverso tra loro: l'uno rappresentante il potere sovrano: l'altro rappresentante la forza, che vuole spiegarsi con titolo di difesa, e come forza è di sua natura inclinata ad esagerare, e a rendersi di tutto padrona; l'oggetto del primo è di tenere in mano la bilancia della *politica libertà*, onde all'uomo colla forza inerente al potere di giudicare non riesca di supplantar la forza inerente o al legislativo, o all'esecutivo potere; l'oggetto del secondo è quello di tenere in mano la bilancia della *civil libertà* nel suo più importante momento quello cioè di proteggere l'ordine dalle passioni inclinate a turbarlo (2). Esaminando il

(1) Ved. il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 3.
(2) Ved. il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 1. 2.

carattere di queste due forze, la loro origine, il loro scopo, i mezzi che spiegano, grandi, poderosi, irresistibili tutti, si scorgerà facilmente essere di lor natura tendenti a tutto assorbire nel metodo giudiciario penale: a confondersi l'uno nell' altro: a far servire il secondo di pretesto legittimo al primo, e a convertire il giudizio in un pronto, e breve comando.

Ma il critico esame de' fatti: il loro confronto con quanto prescrive la legge onde apprezzare in essi la qualità che ella ammette o proscrive: lo stabilimento dell' equilibrio, che la legge medesima ha voluto tra la offesa e la difesa, senza le quali cose tutte giustizia non vi può essere, tutto manifesta un voto contrario a quello del principio politico.

Il principio politico di forza primaria (così chiamando la influenza che la forma del governo esercita su quella del giudizio penale) mirando a difender se stesso cerca a se medesimo una guarentigia, e la giustizia la reclama a favore dell' accusato; l'uno ha mire prettamente *politiche:* l' altra le ha tutte *giuridiche;* e di qui nasce la differenza tra le guarentigie dell' un nome e dell' altro: potendo il processo aver le prime, e non aver le seconde, o al contrario.

Il principio politico di forza secondaria (così chiamando l' inerente alla pena) obbedendo al natural desiderio dello scopo, al quale intende servire, spesso della sua missione orgoglioso, anela alla semplicità delle forme, e alla brevità grande

del tempo (1): mentre al contrario il principio di giustizia, sentinella vigile della presunzione della innocenza, interpetre del dritto della natura sulla inammissibilità della prova, che la ragione umana non sodisfaccia ed appaghi (2), reclama ajuti di forme e di regole onde meglio, e più criticamente istituire le proprie ricerche, e tempo, ed indugio per riuscirvi nel miglior modo (3).

Due metodi tra loro diversi per la ricerca e la dimostrazione del vero si presentano allo spirito umano (4): il *sintetico*, e l'*analitico*: il primo è *assertivo*, e quadra mirabilmente all'*accusa*, a cui il principio politico è pronto sempre: il secondo è *indagativo*, e quadra mirabilmente alla *ricerca* che il principio di giustizia desidera: l'uno dimostra ciò che crede essere la verità, lo che il principio politico promotore del giudizio penale suppone sempre, ha interesse di creder sempre, e, quanto più forte è, più facilmente converte l'interesse in diritto: l'altro rintraccia, esamina, separa le apparenze dalla

(1) *Barbaris cunctatio servilis: statim exequi Regium videtur.* Tacit. *Ann. lib.* 6. *cap.* 32.

(2) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 11. *pag.* 185.

(3) Plato. *De legibus lib.* 6. *vol.* 2. *pag.* 766. « ὁδοῦ χρόνος *etc. tempus, et mora, et frequens inquisitio ad aperiendam controversiam conferunt* ». Mario Pagano *Considerazioni sul processo criminale cap.* 2. riduce tutto il problema al contrasto del bisogno della fretta, e della tardanza: ma non pondera che l'una, e l'altra sono oggetti di libertà civile in chi ammette la necessità della celerità della punizione.

(4) Ved. il *lib* 1. *cap.* 17. *pag.* 308.

realtà, l'erroneo dal vero, nè lo segnala se non alla fine d'un lento, e faticoso viaggio, lo che il principio di giustizia ha già manifestato essere il proprio voto: l'uno è un metodo di *composizione* adattato a chi s'incarica di presentare un libello d'accusa: l'altro è un metodo d'*invenzione* qual potrebbe desiderarsi per scuoprire un ascoso tesoro adattato alla situazione di chi con una sentenza deve stabilire una verità di fatto e di dritto (1).

È dunque nella indole dello spirito umano, ed è coerente alla diversità de' metodi di rintracciare, o di dimostrare una verità la distinzione del processo *accusatorio* detto così perchè l'accusatore lo muove e asserisce, e il processo *quesitorio* o *investigatorio* (2) detto così perchè il giudice sopra fondamenti probabili istituisce di proprio uffizio la ricerca del vero, o del falso nelle notizie che acquista, o gli giungono d'un offesa della sicurezza sociale; ed è del pari, almeno a prima vista, innegabile che questo fornisca come criterio di verità maggiori guarentigie giuridiche che non quello.

Rintracciare partitamente come in tutte le parti del processo accusatorio è la *sintesi*, e in tutte quelle del *quesitorio* è l'analisi: ponderare

(1) *Logica sive ars cogitandi pars* 4. *cap.* 2.

(2) Gli antichi Romani dissero *anquisizione*. Liv. *Histor. lib.* 3. c. 56. *lib.* 6. c. 20. *lib.* 27. *cap.* 5. Gli uomini, nella mente de' quali una idea sola predomina rabbrividiscono a sentir parlare d'*inquisizione* parola che spesso s' incontra usata in senso giuridico in *Cicerone*, in *Tacito*, in *Plinio* ed altri antichi.

le affinità e le repugnanze, che l'uno o l'altro metodo giudiciario ha col principio politico, che deriva dal dritto pubblico della città, e col principio politico inerente allo scopo della pena non sono dispregiabili proponimenti. La forza ovunque ella presentisi spiega un apparato che illude, e soggioga gli animi: tanto più se ella si annunzj come vindice della società, e sembri affrontar francamente il giudizio del pubblico non sempre, e per tutto capace di apprezzare gl'intrigati problemi che la giustizia ha da sciogliere. Una più modesta e solitaria ricerca, senza esser segreta, dalla quale la forza collo splendore che la circonda è affatto bandita, può ben sodisfare un sincero amico della umanità, e della giustizia.

Se sopra più fatti denunziati come offese e tra loro identici in indole giudicati in luoghi diversi, e con diversi metodi giudiciarj (ipotesi non umbratile ed accademica ma contingibile) le sentenze che fossero proferite si potessero come corpi materiali sottoporre ad analisi chimica si scorgerebbe quali in esse sono elementi della legge, e quali quelli o delle passioni, o degli errori degli uomini.

Due celebri, e grandi modelli di metodo giudiciario penale presenta la storia: l'uno nel *jury* là dove in tutta la sua maggior perfezione si pratica: l'altro nel processo, che uscì dalla mente d'un Toscano legislatore. Nel crociuolo dell'uno talvolta o perì l'innocente, o uscì puro da

macchie d'imputazione chi pur ne aveva nella coscienza (1): nel crociuolo dell'altro l'innocente non perì mai, nè vero facinoroso potè mai vantare completa la impunità.

In questi due metodi giudiciarj, l'uno *accusatorio*, l'altro *quesitorio*, l'uno *sintetico*, l'altro *analitico*, l'uno avente il criterio della *coscienza*, l'altro avente quel della *scienza* uno scrittore amico del vero, della umanità, e della giustizia ha da intraprendere tre grandi oggetti di esame: ponderare le origini storiche dell'uno, e dell'altro come ispirazioni, o bisogni più sentiti che meditati di due diverse, e tra loro opposte maniere d'essere del potere politico della città: esaminare come nell'uno, e nell'altro la ragione umana può scorgere due diversi criterj di verità l'uno religioso, l'altro scientifico, i quali ciò non pertanto forniscono il resultato medesimo in guarentigia giuridica dell'accusato (2): discutere se il metodo quesitorio, analitico, scientifico, qualora presentasse un migliore, e più saldo criterio di verità sia conciliabile con qualunque forma possibile di regime politico.

Di questi tre oggetti di esame i due primi sono di competenza della teoria delle leggi della sicurezza sociale: il terzo è di competenza della

(1) Che le imperfezioni del *jury* siano riconosciute da' più caldi ammiratori di questo metodo giudiciario fu già notato nel *lib.* 1. *cap.* 15. *pag.* 259. *not.* 1.

(2) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 14. §. 11. *pag.* 238. *not.* 1.

ragione di stato, fino alla quale comecchè tutta pratica non è concesso alla teoria d'inoltrarsi.

Tra il metodo *accusatorio*, ed il *quesitorio*, considerati come due punti estremi d' una medesima linea, esistono nello spazio intermedio i così detti processi *misti* o frutto di misti governi, o transazioni di opinioni giuridiche tra loro contrarie, o parto di fantasìa la qual non di rado nelle cose morali, e politiche usurpa il luogo della ragione.

All'aspetto di tanti, e sì intricati problemi, di tanti e sì difficili oggetti di esame non si saprebbe comprendere come la idea platonica del giusto assoluto, o la *coscienza del genere umano*, il quale aspetta di vedere deciso in que' problemi e in quegli oggetti il proprio civile destino, si possano l'uno col suo unico astratto concetto, l'altra colla opinione della interna sua rettitudine presentare a farsi o giudici, o guide della mente umana in tanta impresa e sì ardua: supplire la esperienza, e lo studio: e tagliare invece di scioglierlo il nodo gordiano (1).

Quasi i generali concetti potessero, come il saggio, bastare a se stessi, e chi gli espone non fosse obbligato a mostrare come essi siano su-

(1) Sorprende il numero degli scritti, e de' tentativi legislativi, che a questo proposito cita il Thomasio, incominciando il novero de' primi dal testamento di Melchior ab Osse pubblicato nel 1555., e chiudendolo in Michele Enrico Gribner. che scrisse nel 1715. *Diss. sustinens, emendationem administrationis justitiae neque facilem neque impossibilem, valde tamen difficilem esse, et caute suscipiendam vol. 4. pag. 183.*

scettibili di pratica applicazione alle libere azioni degli uomini alla legge contrarie (1), gli scrittori, che i più nuovi, e i più arditi proposero, non osarono appressarsi al metodo giudiciario e discuterlo, nè temeron perciò che alcuno gli sorprendesse in errore: simili a colui, il quale, viaggiando senza avere indosso con che suscitar tentazioni di aggressioni a suo rischio, erge ovunque vada, ovunque s'inoltri, libera ed alta la voce (2).

(1) Ved. il *lib. 1. cap. 8.*
(2) *Cantabit vacuus coram latrone viator.*

CAPITOLO IV.

Relazioni del processo penale col dritto pubblico della città.

La storia e la ragione: i fatti e i principj convincono che il ministero della legge nel costituire il giudizio penale principalmente si esaurisce creando la forza, che dee servir di equilibrio, di freno, e di decisione tra le forze rivali, che v' intervengono: vale a dire nel fissar le attribuzioni del giudice. Queste attribuzioni del giudice nel loro complesso furono dai giureconsulti Romani chiamate il suo *offizio* quasi esse in realtà tutto disponessero, e tutto facessero (1). Se si parla del *potere* non del *sapere* di giudicare questo modo di esprimersi indica, che il giudice colle sole individuali sue forze non potrebbe, presiedendo al giudizio, corrispondere alla missione di cui la legge lo incarica: che gli è mestiere di una forza, non morale che sola colla propria condotta egli può dare a se stesso, ma di una forza politica idonea a farlo sovrastare alla moltitudine, lo che i giureconsulti Romani espressero colla

(1) Gell. *Noct. Act. lib.* 14. *c.* 2., Brisson *De formul. lib.* 5. *c.* 120., 141 *etc.* Il Vico, grande ed ingegnoso maneggiatore di etimologie, deriva la parola da *ob facio: ob* compimento perfezione. *De Univ. jur. princ. et fin. uno lib.* 2. *c.* 14.

frase *dritto di territorio*, o dritto d' incuter rispetto (1).

Il titolo, e lo scopo di questo dritto manifesta per se medesimo altro non poter essere se non una parte del sovrano potere: onde negli elementi che lo compóngono è da cercarsi la origine, la tempra, e la estensione di quel diritto.

Fino a Bodino i sociali fenomeni non ebbero altra spiegazione, che quella che la religione, il dritto della natura, la morale, e l'evidente principio della umana sociabilità poteva fornire. Il dritto politico come teorìa della umana sociabilità non aveva ancora gittato un vagito. I Romani aveano bensì colle denominazioni di *giurisdizione*, e d'*impero* riconosciuto il diverso uffizio della *giustizia* e della *forza* nel comporre le umane contese, ma il loro sistema scientifico comecchè connesso col dritto pubblico della loro città, soggetto a tante e sì rapide rivoluzioni, non potrebbe esattamente conoscersi (2). La massima fon-

(1) Pomponius *Dig. lib.* 50. *tit.* 16. *l.* 339.

(2) Numerose son le opere, nelle quali fu tentato di fissar le idee sulla *giurisdizione*, e sull' *impero* secondo il dritto romano. Ne scrissero il Goveano, il Vaassen, l'Eguin, il Quintanaduegna, il Charondas, Giovacchino Stefani, il Marano, il Noodt, il Gebaver, l'Albrecht, il Troiz, l'Hommell, il Bach, l'Eber le opere de' quali sono accuratamente indicate dall' Haubold *Inst jur. Rom. priv historico dogmat. lineam. pag.* 74. Il Meerman nel suo *Tesoro vol* 2. *p.* 207. trattò pur la questione, ma non si sa perchè l' Haubold citando l'Eguin riportato dal Meerman non abbia pur fatto menzione di Guglielmo Barclay la di cui dissertazione è pur riportata dal Meerman *vol.* 5. *pag.* 813. Nè poteva l'Haubold omettere di citare il nostro insigne Giuseppe Averani, il quale pure trattò questo soggetto *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.*

damentale di questo sistema fu che la giustizia senza la forza non potesse sussistere (1): che l'una potesse costituire le attribuzioni di alcune persone, e l'altra le attribuzioni d'una persona diverse nel giudizio penale; ma quanto alla origine, e al titolo dell'una, e dell'altra onde dire se fossero inerenti alla carica, o alla carica derivassero da una superiore autorità dello stato, la questione è dubbia ed ambigua (2).

Senza far caso delle vicende storiche del poter giudiciario, e fatto proponimento di spiegare i fenomeni storici con i principj, non è dato concepire nè l'indole, nè le fasi alle quali a seconda de'bisogni sociali và soggetto quel potere se non si consideri come una delle forze che nel loro complesso costituiscono il potere politico nella *sovranità*. L'autorità sovrana, ravvisata come fascio di tutti i poteri che sotto il nome di ragione pub-

1. 2. 3. 4. 5. 6. Quello che più ingegnosamente abbia adattate le formole del dritto romano al nostro pubblico dritto è il fu Presidente Henrion De-Pansey *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques, Paris* 1810. opera piena di dottrina, d'ingegno, e di saviezza, e degna di divenir manuale dell'amico della giustizia a qualunque forma di governo soggiaccia.

(1) Dig. *Lib.* 2. *tit.* 1., *l.* 2. *tit.* 21., *l. ult. tit.* 18. *l.* 19. *tit.* 3. *l.* 1. Le leggi parlano della forza necessaria o a contener le parti, o a fare eseguire gli ordini di giustizia.

(2) Le incertezze derivano tutte dal miscuglio di *democrazìa*, e di *monarchìa*, che senz'ordine, e senza sistema vi fu nel dritto pubblico de' Romani da Augusto in poi. L'Averani ha confutati e Lotario, ed Azone in un tempo (Ved. *lib.* 1. *cap.* 15. *pag.* 291. *not.* 1.) proponendo una opinione diversa da quella di que'due giureconsulti, dotta, e ingegnosa ma assai difficile in dritto pubblico a concepirsi. *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 2.

blica, e di pubblica forza sono necessarj a concepire i bisogni dell'ordine, e a mantenerlo tra gli uomini riuniti in politica società, è suscettibile di analitico esame onde ravvisarli separati, e distinti l'uno dall'altro nel respettivo officio loro, senza di che la mente umana non potrebbe aver chiara idea de' fenomeni, sotto i quali la pubblica autorità esercita la salutare sua azione o come *scienza*, o come *prudenza*, o come semplice *forza*. In essa il potere *legislativo* rappresenta la scienza come generale concetto de' bisogni dell'ordine, ai quali con formule generali il legislatore provvede: la prudenza e la forza, sono rappresentate dall' *esecutivo potere* come mezzi necessarj a speciali, e particolari provvedimenti (1).

Il Sovrano, come rappresentante la ragione pubblica, e la pubblica forza, ha in sè per tal

(1) Un moderno autore con più zelo, che scienza si è fatto a sostenere essere inconcepibile qualunque scientifica analisi de' poteri componenti la sovranità: onde reputa tentativo anarchico quello del Bodino, e del Montesquieu, che aprirono la via a quell'analisi. Ma costui non sapendo come trarsi dall'imbroglio in cui questo assurdo sistema lo getta è obbligato a concludere che il Sovrano non ha dovere di amministrar la giustizia tra i cittadini. Haller *Restauration de la science politique vol:* 1. *pag.* 135. Tertulliano citato dall' Averani *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. sostenendo con maggior competenza dell' Haller la divina origine del dritto Sovrano non è stato di ostacolo a quell' insigne giureconsulto onde indagare come quel dritto col nome di *poter giudiciario* si comunichi ai magistrati, e come si modifichi secondo i bisogni della giustizia. Plauto egualmente citato dall'Averani chiamò i Principi *Giovi umani*, i quali al par di tutti gli uomini muojono. Un Principe giusto non ha a schifo di ripetere il detto di Terenzio altrove citato *lib.* 1. *pag.* 299. *not.* 2.

modo il potere *legislativo*, e l'*esecutivo potere* propriamente detto, quello cioè che provvede alle cose di mero gius delle genti: perocchè sovranità senza l'uno, e senza l'altro o in più o in un solo non può concepirsi (1).

Se il potere esecutivo propriamente detto si esercita come prudenza e forza necessaria a proteggere una società dalle mire ostili d'un altra, esso, prendendo nell'ordine interno della società altri nomi, si spiega o come *amministratore*, o come *applicator della legge* alle *penali*, e *civili* controversie che insorgono, in quanto le une, e le altre esigono l'applicazione d'una legge *generale* ordinata per il bisogno di *tutti* al bisogno particolare de' *singoli* (2).

Gli oggetti dell'amministrazione, comprendendo sotto questo nome generico tanto gli *amministrativi* propriamente detti quanto i *governativi* (3), o sono regolabili da legge che nella sua applicazione può ledere i privati diritti o meramente patrimoniali, o d' individual libertà; o sono regolabili dalla prudenza perchè ella nell'agire non può ledere diritti privati. I primi esigono che dal legislatore sia separato e distinto l'applicator della legge: relativamente ai se-

(1) Henrion De-Pansey *Du pouvoir judiciaire dans le gouvernements monarchiques chap.* 1.

(2) La partizione de' poteri costituenti la sovranità accennata da Bodino, e illustrata da Montesquieu *Esprit des loix liv.* 11. *chap.* 6. è rettificata da Henrion De-Pansey *Op. cit. loc. cit.*

(3) Vedasi il *lib.* 3. *part.* 3. *cap.* 1. *pag.* 263.

condi il Sovrano o non delega o delega a chi gli piace il pensiero di regolarli (1).

La inconciliabilità del potere *legislativo*, e del giudiciario *potere* quanto al suo esercizio in una sola persona è dimostrata assai facilmente se si rifletta che il far la legge, e l'applicarla essendo due operazioni separate e distinte tra loro, e per modo che per distinguerle sono necessarj due intelletti, debbono essere esercitate da due separate, e distinte persone. La operazione della mente umana necessaria all'applicazione della legge a un oggetto o caso particolare è quasi una specie di prisma, attraverso del quale, paragonando la legge ad un raggio solare, dee passar questo raggio onde avere separato e distinto dagli altri il colore, che a quell'oggetto conviene. Come il raggio non può da se decomporsi, ed ha bisogno a quest'uopo del prisma, che è cosa diversa da lui, così la legge rifulgendo nel legislatore per tutti ha bisogno d'una persona dal legislatore diversa, la quale stabilisca quale delle sue parti senza perdere della propria natura convenga, o non convenga al caso particolare, che colla sua norma debb'esser deciso (2).

(1) Come la differenza della polizia amministrativa o *edilizia*, e della *governativa* possa influire sul modo di delegazione dell'amministrativo potere sarà dimostrato nel cap. XVIII. di questo libro.

(2) La competenza al Sovrano del dritto astratto di giudicare, e la delegazione di questo dritto quanto al suo concreto esercizio è cosa non facile a concepirsi, ed ha bisogno di paragoni, e di esempj. L'Averani *Interpret jur. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 10. quasi sgomento nell'enunciare astrattamente la cosa, e prorompendo *sed ut aliquando demittam orationem, et planius explicem*, prende l'esempio da chi ha il *dominio* della cosa, e non ne ha o l'*uso*, o l'*usufrutto*. Montesquieu

Nella elezione dell'applicator della legge l'autorità sovrana esercita un atto dell'amministrativo potere onde questa elezione compete ad essa esclusivamente; ma l' applicazione della legge nella persona a ciò eletta dee dipendere da principj, e da ordigni, i quali riconoscano la loro origine dalla legge di già esistente, o da mezzi, che ne presentino per quanto è possibile l' inalterabil carattere (1).

L'atto giudiciario, rappresentativo della legge al caso particolare applicabile, non consta d'un elemento semplice ed individuo, ma si compone di cinque atti separati, e distinti tra loro: la *chiamata in giudizio*, senza di che persone giudicabili non vi sarebbero (2): la *coercizione modica* o facoltà di tenere in dovere i litigatori, senza la quale il giudizio rassomiglierebbe agli strepiti, e al disordine d' una bolgia dantesca (3), la *cognizione*, senza la quale l'applicazione della legge sarebbe capriccio (4), il *giudizio* o pronunzia, la quale dichiara la legge generale legge

Esprit des loix liv. 6. *chap* 5., e Henrion De-Pansey *Op. cit. chap.* 2. spiegano la cosa coll'argomento dedotto dagli *assurdi*. La grande, ed originale mente di Niccolò Macchiavelli *Del Principe cap.* 19., parlando de' parlamenti di Francia avea compreso in tutta la sua rilevanza il principio. Senza del Macchiavelli il Montesquieu avrebbe avuta la gloria delle lettere Persiane, e non altra: delle quali lettere il Voltaire sì ingiustamente diceva: *Les lettres persanes si faciles à faire*.

(1) Inst. *Lib.* 4. *tit.* 6. §. *curare*, Dig. *Lib.* 42. *tit.* 1. *l.* 59., Cod. *Lib.* 7. *tit.* 46. *leg. pen. et ult.* Montesquieu *Esprit des loix liv.* 11. *chap* 6.

(2) Dig. *Lib.* 26. *tit.* 7. *l.* 1. §. 3. *l.* 51., Cod. *Lib.* 9. *tit.* 9. *l.* 26.

(3) Vedansi le leggi citate qui addietro a *pag.* 139. *not.* 1.

(4) Dig. *Lib.* 42. *tit.* 1. *l.* 5. *lib.* 50. *tit.* 16. *l.* 99.

particolare del caso in disputa (1): e l'*esecuzione* senza la quale il giudizio sarebbe niente più di un consiglio, che il succombente potrebbe dispregiare a suo grado (2).

Tra questi cinque atti diversi il secondo ed il terzo rappresentano operazioni d'*intelletto:* gli altri tre operazioni di volontà: gli uni sono tutti *sapere:* gli altri tutti *potere:* gli uni sono *giustizia:* gli altri son *forza*. La connessione del primo col terzo, e col quarto fece sì che tutti tre ebbero il nome di *giurisdizione* propriamente detta (3), emanazione del dritto della ragione: il secondo ed il quinto il nome d'*impero* (4), emanazione del dritto politico.

Il giudizio con tutto il corteggio degli atti che lo compongono rappresenta il principio di giustizia in tutta la sua natural maestà, il quale riceve dal dritto politico quasi l'*aperizione della bocca*, e la forza che gli è necessaria per sostenersi, dal che consegue che gli atti della giustizia debbono emanare, ed essere eseguiti in nome dell'autorità sovrana. Il dritto della natura gli crea: il dritto politico gli manifesta (5).

(1) La parola giudizio stà qui per *sentenza*. Dig. *Lib.* 3. *tit.* 5. *l.* 21. *lib.* 48. *tit.* 11. *l.* 7.

(2) Dig. *Lib.* 16. *tit.* 2. *l.* 1. §. 1. *l.* 50. *tit.* 16. *l.* 131. §. *ult.*

(3) Averani *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 6.

(4) Averani *Interpret. jur. loc. cit. num.* 10. La *vocazione* collocata per ragione di connessione tra gli atti di giurisdizione è un atto d'impero negli affari penali mentre comprende anco la *cattura* del reo, come osserva Varrone presso Gell. *Noct. act. lib.* 13 *c.* 12.

(5) Bentham *De l'organisation judiciaire chap.* 3. non vuole che la giustizia si renda in nome del *Re*, ma in nome della *giustizia*. Non

Il giudice rappresenta il potere sovrano in tutto quel che richiede la materiale pronunzia, e la forza: rappresenta la naturale giustizia in tutto quel che esige l'ufficio dell'intendimento, e in questo ufficio altra autorità non conosce che quella della legge (1).

Il poter giudiciario scientificamente considerato è una combinazione di giustizia e di forza, e in questo aspetto la sua azione ben distribuita e ben regolata che sia non può non avere una grande influenza sulla sorte civile degli uomini (2): ma questa salutare influenza dipende appunto dal modo con cui la legge gli ha dato sistema nella città creando i magistrati, ed i giudici, ed ordinando le loro attribuzioni per modo che la *forza* non vada mai dalla *giustizia* disgiunta, e che il *sapere* sia l'unico titolo, e l'unica regola del *potere*.

Ma il potere è maggiore di età del sapere: quello sorge e si forma in un tratto, e questo sorge lentamente e per gradi: l'uno è puntiglioso, diffidente, geloso ne' suoi propositi, ed al senso di se medesimo tenacissimo: l'altro è do-

avendo ammesso un dritto della ragione onde concepire una giustizia la quale non può essere se non nel dritto della ragione: tutto concedendo ai fatti, ed a considerazioni di ordine politico, non ammette l'ufficio politico ove più importa che sia, vale a dire ove è necessario far valer colla forza il regno della giustizia.

(1) Cic. *De legibus lib.* 3. « *vereque dici potest magistratum legem esse loquentem* ».

(2) Di questa influenza genericamente considerata parlano Henrion De-Pansey *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap.* 1., Aignan *Histoire du jury pag.* 239.

cile ai consigli della ragione e della sperienza: franco ed aperto: amico di chiunque prometta d'illuminarlo: pronto a confessare, e ritrattare ogni errore in cui cada.

La scienza della sicurezza sociale considera le diverse forme di governo come fatti che ella dee rispettare, e solo esamina qual grado d'influenza esse possano avere sopra gli oggetti delle proprie meditazioni. Per rendere più sensibile questo esame nel discutere le forme del giudizio penale conviene adottar la ipotesi di due forme di governo, le quali siano l'una l'estremo dell'altra: la *democrazìa*, e la *monarchìa* temperata dalla giustizia, e ponderare qual forma di penale giudizio dall'una o dall'altra derivi come effetto, il quale presenta la indole, e il carattere della causa, che lo produsse.

Nella ipotesi della democrazìa l'autorità sovrana è in tutti i membri dell'aggregazione politica, e in tutti in dosi eguali perfettamente. Se la forza può in tutti supporsi non è possibile supporre in tutti il sapere: per lo che nella democrazìa l'autorità sovrana sarà in tutti niente più se non l'opinione della propria forza, e del proprio potere. Considerata per questo modo l'autorità sovrana non è più suscettibile di analisi negli elementi che la compongono: ella è un senso non un concetto dello spirito umano: tutti perciò debbon volerla tutta ed intera, temendo che dividendola e dandone ad alcuno una parte

nel poter giudiciario questi divenga più sovrano cioè più forte degli altri (1).

Queste disposizioni degli animi sono la causa naturale immediata del processo *accusatorio* (2). Se un offesa è commessa, è nell'arbitrio del cittadino di reputarla o non reputarla offesa della repubblica: quindi l'accusa, meramente *volontaria* però, di cui come di dritto di cittadinanza tutti indistintamente partecipano (3). Se l'accusa è proposta il popolo ne è il solo giudice (4); e se difficile è riunire il popolo per giudicare tutte

(1) Cic. *De rep. lib.* 1. c. 32. dipinge il carattere de' popolari governi « *Si vero jus suum populi teneant, negant quidquam esse praestantius, liberius, beatius: quippe qui* DOMINI SINT LEGUM, JUDICIORUM, *belli, pacis, foederum,* CAPITIS UNIUSCUIUSQUE, *pecuniae* ».

(2) Pravengo il lettore, che tutti gli esempj storici a conferma delle induzioni razionali del testo saranno da me tratti dal processo romano in tempo della repubblica.

(3) Ant. Math. *De criminib. proleg. cap.* 1. *num.* 1. *ad med.* Il sig. Meyer *Esprit orig. des inst. judic. vol.* 3. *pag.* 245. chiama l'azione che competeva *cuivis e populo privata*. Con esattezza maggiore il Boehmero *Jus eccles. protest. lib.* 5. *tit.* 1. §. 85., la chiama *volontaria* per distinguarla dalla *necessaria* commessa in seguito agli *accusatori pubblici* ne' *misti processi*.

(4) LL. XII. Tab. *Tab. IX.*, Cic. *De legib. lib.* 2. *cap.* 2. Enr. Ed. Dirksen nella sua opera *sulle dodici tavole*, *Lipsiae* 1824. (non tradotta) *lib.* 1. *pag.* 659-661., Beaufort *La rep. Rom. vol.* 4. *pag.* 157 Il privato non poteva accusare avanti i Comizj senza l'assenso del magistrato che vi assisteva: ma tutto ciò derivava a mio credere dai riti religiosi, unico temperamento con cui la romana politica riusciva a mitigare la enorme forza del popolo. È notabile quel che Tito Livio dice della magistratura a lui la più cara. *Hist lib.* 3. c. 71. *fere semper reguntur a multitudine magis quam regant*. Il modo di procedere avanti ai Comizj è dottamente illustrato da Ern. Bog. Schmiedike *Diss. de hist. proc. crim. rom. cap.* 9. S'intende parlare della accuse direttamente portata al popolo, non delle provocazioni, o appelli dalle sentenze de' Re, o de' Consoli delle quali la *cit. diss.*, e J. C. Conradi

le cause penali che vengon promosse (1), il popolo fa una legge semplice, e breve alla portata del senso comune di chicchessìa perchè il sapere se è possibile in pochi è impossibile in tutti (2), e nomina più un esecutore che un applicator della legge nel magistrato (3). I giudici dell' ac-

De jure provocationis ex antiquit. rom. eruto, Lipsiae 1732., C. W. Knestueri *Historiae provocat.*, *et appellat. apud veter. rom. Lipsiae* 1740., Lambert. Dorhout *Specimen jurid. de provocat. ad pop. etc. Groningae* 1827.

(1) Di qui nacquero i *questitori*, indi le *questioni perpetue*. Il dotto Schmiedike *Diss. supr. laud.* espone la storia de' primi *cap.* 6., e la origine delle seconde *cap.* 7. Era desiderabile che Mario Pagano *Considerazioni sul processo criminale cap.* 7. non ne parlasse. Niuno meglio del Beaufort *La rep. rom. vol.* 4. *chap.* 5. ha esposto il modo col quale le questioni perpetue si conducevano. Ant. Math. *De crimin. ad lib.* 48. *dig. tit.* 13., *et seg.* spesso copiato dal Filangieri tratta le parti del processo separatamente, e v'innesta cose d'istituzione posteriore alla caduta della repubblica.

(2) Le leggi erano sì brevi, e semplici, che a guisa di canzoni si cantavano dai fanciulli come delle XII. tavole narra Gellio *Noct. act. lib.* 21. *cap.* 1.

(3) Il Presidente di Montesquieu *Esprit des loix liv.* 6. *chap.* 4. preoccupato del processo inglese suppone che i Giudici nel processo romano dichiarassero il *fatto* come i *giurati*, e che il Pretore applicasse la legge. I Giudici assolvevano, o condannavano, ciò rilevandosi dalle formule, le lettere iniziali delle quali erano nelle tavolette che sentenziando gettavano nella canestra a ciò destinata. Jo. Lud. Conradi *Diss. omne tulit punctum Hor. poetae, simul omne genus legis ap. Rom. tabellariae explicatius, Lipsiae* 1756. *et in opuscul. vol.* 1. *p.* 187-220. I Greci ebbero lo stesso costume. Eravi l'urna detta della *morte* per i voti che condannavano, e un' urna detta della *misericordia* per i voti che assolvevano. Nella prima gettavasi dai Giudici una pietra *nera*, nella seconda una *bianca*. Pastoret *Histoire de la legislation vol.* 6. *pag.* 374 375. Il Pretore esercitava l'impero per la disciplina, e il buon ordine, ma quanto alla potestà, che sotto agli Imperatori soltanto divenne *jus gladii*, era un mero *fonasco* de' Giudici, una specie di ordigno montato a projettile, il quale meccanicamente scagliava la pena sul capo del condannato, che n' era colpito per il solo ministero della

cusa e della difesa son tratti a sorte, lo che non lede la eguaglianza de' dritti (1): libera è la ricusa all'accusatore ed al reo (2) onde i giudici abbiano carattere di arbitri, che l'accusatore ed il reo, cittadini, e quindi sovrani amendue, hanno concordati tra gl' individui d'una condizione eguale alla loro (3): le forze dell'uno, e dell'altro lasciate dalla legge in pienissima libertà, e in una eguaglianza perfetta tutto fanno, e tutto producono nel giudizio. Il giudice rappresenta anch' esso una forza libera da ogni regola e freno: la sua volontà crea la sentenza come il popolo ne' comizj crea la legge (4).

Nella ipotesi della monarchia il potere risiedendo in un solo non ha gelosie nè rivalità che l'obblighino a concentrarsi nella pienezza, e nella unione degli elementi che lo compongono. Il Sovrano, reputandosi la prima e più solida guarentigia della giustizia, non solo ne ammette il pen-

legge senza bisogno che il Pretore la proferisse. Beaufort *La rep. rom. vol. 4. pag.* 302. ed altro uffizio lui non avendo, che quello di vegliarne la esecuzione. Sigon. *De judiciis lib.* 1. *cap.* 23. 24.

(1) Asc. Pedian. *In* 2. *in verr.*, Averani *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 18.

(2) Cic. *Act* 2. *in verr.*, Ant. Schultingii *Diss. de recusatione judicis in triad. diss. Franeq.* 1708.

(3) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 7. *num.* 1.

(4) Che la sentenza in questa forma di giudizio penale sia un atto del buon volere di chi giudica è dimostrato dai molti esempj di cause agitate nel foro di Roma, nelle quali manifesti colpevoli ottennero la loro assoluzione con preghiere, con strattagemmi, e con rappresentanze drammatiche. Alla onnipotenza del Giudice Sovrano si dee attribuire la veste sordida, che in aria di supplichevole indossava l'accusato, e la deprecazione con cui gli oratori chiudevano le loro aringhe.

siero come limite della sua autorità, ma ne ammette i calcoli come norma migliore della condotta de'cittadini. Questa forma di governo è di sua natura inclinata a stabilire nell'esercizio del potere sovrano tutte le divisioni, tutte le modificazioni, che possono più renderlo favorevole alla pubblica sicurezza e privata. Il Sovrano riservando a se il potere legislativo, e l'esecutivo propriamente detto, delega per il bisogno dell'interna amministrazione dello stato l'*impero* creando i superiori *magistrati di polizia*: delega l'impero e la giurisdizione creando i *magistrati giusdicenti*, e delega la semplice giurisdizione creando i semplici *giudici* (1). In questo sistema il poter giudiciario è di *dritto* del Principe, ed è di *fatto* nelle mani de' magistrati: nel primo aspetto è *poter giudiciario:* nel secondo è *dritto di territorio* come *giurisdizione,* ed *impero* per la delegazione che il Principe ne fa ai magistrati (2). La delegazione della sola giurisdizione costituisce gli arbitri negli affari civili, o giudici nelle commerciali materie (3). Questi giudici semplicemente *nozionali* nelle materie penali ebbero un esempio ne' giudici *pedanei* di Roma antica come privi d'impero o *mero*, o *misto* (4), e ne

(1) Bodin. *De rep. lib.* 3. *cap.* 3., Loisean *Des offices liv.* 1. *chap.* 6., Henrion De-Pansey *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap.* 5.

(2) Bodin. *De rep. loc. cit.*

(3) Henrion De Pansey *De l'autorité judic., etc. chap.* 5. *pag* 110.

(4) Car. Glieb. Knovrii *Diss. de usu pract. doctrinae jur. rom. de Praetore et judice pedaneo, Halae* 1725., Giul. Diebmari *Diss. si-*

hanno uno ne' moderni *giurati* ove le forme del processo accusatorio ricevono la influenza della mistura di quelle del potere politico (1).

Se il Sovrano come legislatore si astiene dall' applicare la legge delegando a questo effetto l'esercizio del proprio potere ad uomini, che per questo titolo assumono il nome di magistrati (2), egli è nell' alternativa o di commettere la decisione delle controversie penali al lor pieno arbitrio, e così facendo inutile sarebbe la sua prerogativa di legislatore (perocchè i magistrati diverrebbero tanti legislatori) o di fare una legge, la quale a guarentigia propria, ed a quella de'cittadini divenga il titolo di autenticità d'ogni atomo del potere che esercitano.

Così essendo, l'accusa *volontaria* dee necessariamente sparire, non potendo il Principe far dipendere la difesa dell'ordine dal buon voler dei privati. Allora la offesa della sicurezza sociale assume il suo vero aspetto giuridico di fatto *prevenibile*, e di fatto *punibile*. La polizìa allora unisce il suo ufficio con quello della giustizia, e si stabilisce una comunicazione reciproca tra l'azione dell' una coll' azione dell' altra sì nell' ingresso come nell'egresso del giudizio penale (3).

stens judicem pedaneum, *Jenae* 1743. Vedasi però per i tempi della repubblica quanto fu osservato qui addietro a *pag.* 48. *not.* 3.

(1) Sembra, in modo oscuro però, aver riconosciuto questo principio di pubblico dritto il Nani *Animadv. ad Math. ad dig. lib.* 48. *tit.* 13. *cap.* 7. *not.* 1.

(2) Bodin. *De rep. lib.* 3. *cap.* 3., Jul. Frid. Malblanc. *Conspectus rei judiciariae Romono-Germanicae cap.* 1.

(3) Ved. il *lib.* 3. *part.* 3. *cap.* 8. *pag.* 371.

La connessione che si stabilisce allora tra il pensiero di prevenire la offesa, e la necessità di punirla se non riuscì prevenirla obbliga la legge a preferire la *ricerca* all'*accusa*. La prima ha o può aver le prime sue tracce in quella che di propria indole deve istituire la polizia nel vegliare sulle sospette persone (1): la seconda nasce originale, improvvisa come asserzione d'un fatto, che ella tiene per certo (2). La polizia denunzia il fatto non lo asserisce, d'onde la necessità d'indagare se il fatto sia vero, o sia falso, e quindi quella della ricerca. Or siccome la denunzia risveglia immediatamente l'ufficio della giustizia, perchè altrimenti operando la polizia preoccuperebbe il suo campo, la legge è costretta ad adottare due espedienti: a creare per la ricerca un'autorità che accusatrice non sia: nè può trovarla se non nel giudice, al cui offizio commette d'istituirla, ed esaurirla fino alla dichiarazione di verità o di falsità: di circoscrivere nell'uffizio del giudice il suo arbitrio con tutte le regole, che obbligano lo spirito umano a procedere lentamente e per gradi, lo che colle sole forme analitiche può ottenersi: dando a tutti gli elementi della ricerca una valutazione di dritto onde le regole che ella traccia all'arbitrio del giudice abbiano il carattere di regole dalla legge.

(1) Ved. il *lib.* 3. *part.* 3. *cap.* 8. *pag.* 373.

(2) Se vi è opera in cui sia abuso d'ingegno tra le moltissime dell'ingegnosissimo Crist. Thomasio tale è la *Diss. de origine process. inquisitorii diss.* 88. *vol.* 3. *p.* 421. Egli tocca questa capital differenza de' due processi, e la elude.

medesima determinate. Per tal modo se la ricerca altro non suscita che il sospetto, la denunziata persona ritorna sotto l'impero della polizia ond'essere invigilata. Questo sistema animato tutto dal più puro e leale amore del vero e della giustizia, è perfettamente coerente allo scopo del poter giudiciario nelle mani d'un solo: perocchè è esso allora non tanto un sentimento del proprio potere quanto un mezzo onde meglio *sapere* come si stabilisca la verità della offesa, e come vi si debba proporzionar la difesa.

Lungamente disputarono i dotti sulla storica origine del processo *quesitorio* (1), lo che lo espose alle antipatie, e alle simpatie che in essi svegliarono i nomi, e l'autorità di chi ne fu creduto inventore (2). I pratici supposero in questo processo una origine Divina (3). Niuno calcolò la sua razionale e politica connessione colla monarchia come pur l'ha il processo accusatorio colla forma di governo che n'è l'estremo contrario (4).

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 20. *cap.* 1. *num.* 1. Just. Henning Boehm. *Jus eccles. protest. lib.* 5. *tit.* 1. Thomas. *Diss. supr. cit.* Ved. il *lib.* 1. *cap.* 13. *pag.* 247. *n.* 4. Il sig. Nicolini *Storia dei principj per la istruzione delle prove ne' processi penali, Napoli* 1827. *pag.* 189. crede che la massima della *L.* 13. *dig. lib.* 1. *tit.* 18. che serve di base alla opinione di chi sostiene essere la inquisizione invenzione de' Romani fosse antichissima. Il dotto Schmiedicke *De historia process. crim. roman. pag.* 152. crede che permesso fosse in tempo della libera repubblica a Roma l'uso dell' *accusa*, e della *inquisizione*.

(2) Il Thomasio protestante inveisce contro al Pontefice *Diss. cit.* §. 59. Meyer *Esprit, origine etc. des just. judiciaires liv.* 4. *chap.* 14. sfoga la propria bile contro il potere assoluto.

(3) Deuteronom. XVII. 4.

(4) Mario Pagano *Considerazioni sul processo criminale cap.* 16. si

Se queste razionali e politiche origini fossero vere, comecchè derivanti dalla natura, e dalla necessità delle cose, dovrebbero aver fine una volta gli aspri, e lunghi dissidj, che suscitaronsi, e vegliano pur tuttavia tra i fautori delle due forme del giudizio penale; e l'amico della umanità, e della giustizia dovrebbe seco stesso congratularsi d'esser giunto a conoscere come dalla natura morale dell' uomo, e dalle leggi del suo intelletto nascono in qualunque sua situazione politica i mezzi atti a proteggere la sua civil condizione.

contenta di dire, che il processo inquisitorio è necessario alla monarchia di Napoli, ma non và più oltre.

CAPITOLO V.

Caratteri di differenza dell' un processo, e dell' altro.

Come i due processi *accusatorio*, e *quesitorio* considerati nella lor purità, e senza mistura alcuna l'uno dell' altro non si rassomigliano nella origine così non possono aver somiglianza nella indole. Il voto che la legge manifestò nella lor nascita persevera in tutti gli atti, e in tutti i moti della lor vita; e l'esaminare amendue in questo punto di vista non è cosa senza grande interesse. Se l'uno, e l'altro separatamente considerato sveli qualche difetto l' indicarlo non dee eccedere il bisogno di farlo meglio conoscere. Se le virtù dell' uno tolte dall' altro ad impresto possano l' uno o l' altro perfezionare, o correggere non è ricerca del momento presente. È mestiere adesso, che l'uno e l'altro comparisca nella sua natural nudità.

Il processo accusatorio come quello nel quale il potere sovrano si spiega in tutte le persone, che v' intervengono, e in tutta la sua intensità non come ragione ma come forza altro non può essere che una combinazione di forze. Esso rappresenta graficamente il duello se alle armi si sostituiscano le parole: l'accusatore ed il reo vi

compariscono come due combattenti: eccettochè la lor forza vuole in realtà agire sull' animo di chi giudica: questo animo è il lor campo di battaglia: in esso l' uno disarma l' altro: donde avviene che il giudice come forza passiva, su cui le due forze rivali agiscono, dee averla libera come la loro, e quindi con facoltà di sentenziare come meglio gli aggrada senza norma, senza regola, senza governo a cui lo assoggetti la legge, seguendo ciò che l' intimo convincimento gli suggerisce, e sentenziando sempre definitivamente in modo perentorio, e assoluto o per l' una parte, o per l' altra (1).

Questo modo di decisione, sebbene effetto dell' azione della forza, per una di quelle bizzarre combinazioni che spesso negli affari umani s' incontrano ha l' apparenza d' essere il più giusto, e il più logico, che lo spirito umano possa desiderare. Infatti le due forze rivali estrinsecamente considerate si presentano come nel giudizio civile, modo il più giusto e il più semplice di decidere una controversia tra chi afferma, e chi nega. La proposizione dell' uno o dell' altro è nell' alternativa d' essere o vera o falsa, e appaga la ragione un modo di giudizio il quale perentoriamente dichiara la verità o dell' una o dell' altra proposizione.

(1) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 2. non avendo pensato a rintracciar la origine dell' *accusa* o nella Infanzia della società, o nella democrazia ne fa un romanzo attribuendola a legislativo sapere de' popoli antichi, de' quali fu grande ammiratore.

Ma qui disgraziatamente le più intricate, e perplesse difficoltà si presentano: difficoltà le quali investono l'*ingresso* e l'*egresso*: il *principio*, ed il *fine* di questa forma di giudizio penale.

L'accusa, comecchè di sua logica natura *assertiva*, non può articolarsi se non abbia un soggetto *certo* su cui si possa appoggiare: onde le bisogna un materiale d'offesa per se medesimo manifesto: un offensore con certezza perseguitabile (1). D'altro lato la grande libertà, con cui l' accusa procede, esige dalla legge un temperamento, che ella non può trovare se non nella pena della calunnia astringendo l' accusatore a solennemente obbligarvisi (2). Questa nuova necessità rafforza per così dire quella in cui per la indole logica dell'accusa si trova chi la promuove di proporre un soggetto certo in giudizio. Ma rari sono i casi ne'quali nelle offese che vengon commesse questa certezza s'incontri e però rari esser pur debbono i casi ne' quali un'accusa possa essere proposta senza timor di calunnia: la qual cosa la dee rendere difficilmente tentabile (3).

(1) Cicer. *Or. pro M. Coel. cap.* 2.

(2) Zanob. Perelli *Invest. antiqui juris lib.* 2. *cap.* 3. 4., Consl. Jac. Van Renesse *Diss. de coercitione accusat. Traj. ad Rhen.* 1724., Henr. Brencmanni *Lex Remmia etc. lib. sing.*, *et diss. de fatis calumniat. etc. in Thesaur.* Otton. v. 3. Bern. De Ferrante *Della legge Remmia*, *Napoli* 1780.

(3) Oltre all'essere pericoloso reputavasi anco indecoroso l'accusare. I giovani per lo più per acquistare popolarità lo facevano. Adam. *Antiquités rom. vol.* 1. *pag.* 386. Il Filangieri *loc. cit.* ammette conci-

Non vi ha oggetto il quale, dovendosene proferire un giudizio, non faccia nascere la necessità di bene ed esattamente esaminare le apparenze, sotto le quali presentasi, e d'un *criterio* che insegni a separare dalle vere, e reali le false e ingannevoli onde stabilire le qualità, che gli son proprie, e lo distinguono da altri oggetti, co' quali si potrebbe facilmente confondere.

L'uomo è l'animale il più imprudente di tutti perchè la immaginazione, e la opinione, che gli altri animali non hanno, nella maggior parte delle sue determinazioni lo guidano. Un impeto di natura dominatore del moto di tutti gli esseri gli spinge a prendere onde giungere al loro scopo la via più corta, e la indole del vero è tale che per afferrarlo, quanto alla mediocrità umana è concesso, è necessario battere la strada più lunga.

Alcuni filosofi hanno preteso, che l'assenso umano alla verità abbia due sedi diverse, l'una nel *cuore*, l'altra nell'*intelletto* (1): essendo l'assenso del cuore guidato dalle qualità simpatiche, o antipatiche dell'oggetto delle nostre determinazioni, e l'assenso dell'intelletto dagli attributi logici, e razionali dell'oggetto medesimo: dal che sembrerebbe potersi arguire aver la umana certezza quasi due organi: l'uno *istintivo*, l'altro *scientifico*.

liabilità tra la scrupolosa investigazione de' delitti, e la pena della calunnia, nella quale incorrevasi anco per il titolo della insufficienza della prova.

(1) Thomas. *Diss. de fide juridica vol.* 1. *pag.* 354. §. 8.

Se questi due criterj del vero nella natura umana esistessero i metodi congeniali all'uno ed all'altro per conseguirlo sarebbero essenzialmente diversi tra loro. Il criterio *istintivo*, l'assenso del cuore si formerebbe per via di *sintesi:* e il criterio *scientifico*, o dell' intelletto si formerebbe per via di *analisi:* l'uno per la strada più corta, l'altro per la più lunga: l'uno per composizione, e anticipatamente come è proprio dell'istinto, e del sentimento: l'altro per decomposizione e *deduttivamente* come è proprio della ragione quando voglia discernere dal falso il vero (1).

Uno scrittore tratta della certezza nelle materie del giudizio penale con tutto il rigore, e con tutta la pompa de' principj scientifici che vi si adattano (2). Questa parola *certezza* ha in seguito cambiato di nome, ed ha preso quello di *verità:* ma la sua distinzione in *obiettiva* o verità delle cose *in sè*, *noumenale*, *assoluta*, *verità delle verità*, ed in *verità subiettiva*, *fenomenale*, *immanete*, *empirica* (3) elevando le umane spe-

(1) L'Alighieri *Purg. c.* 16. ben dipinse questo andare, e venire dell' animo nella ricerca del vero.

« *Quando l'anima mia tornò di fuori*
« *Alle cose che son fuor di lui vere*
« *Io riconobbi i miei non falsi errori:*

co' quali versi egli indicò la *verità obiettiva* che è nella indole delle cose fuori dell'animo umano, e la *verità subiettiva*, o *fenomenale* la quale alligna nell'animo.

(2) Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 13.

(3) *Philosophie de Kant par* Villers *pag.* 247. Alla imperfezione di quest'opera è supplemento eccellente De Gerando *De la generation des connaissances humaines vol.* 2. *p.* 179.

ranze al possibile di conoscere il vero assoluto ha lasciate le cose nello stato medesimo in cui si trovavano quando i glossatori tenevano un linguaggio non dissimile da quello della moderna trascendentale filosofia (1).

Un altro scrittore non salendo tanto alto, e ponderando i giornalieri fenomeni, che la natura umana presenta, osserva che ogni popolo (meglio sarebbe stato dire ogni individuo) ha la sua scala di credibilità graduata su quella delle sue cognizioni: che questa scala varia da un quartiere all' altro della stessa città: che colla proporzione in cui l'uomo diviene intelligente la sua disposizione ad esser credulo diminuisce: che per approssimarsi alla cognizione del vero conviene elevarsi a quella del maggior numero di fatti possibile, e studiarne le analogìe, le quali non possono a meno d'esser le stesse per tutto (2).

Queste osservazioni concludono avere ogni individuo un modo di assenso alla verità de' fatti accaduti lontano dagli occhi suoi proporzionato allo stato delle sue cognizioni: esser la scienza delle analogìe allo spirito umano la scorta meno fallace onde evitare gli errori, e avvicinarsi più d' appresso alla verità.

La prontezza, con cui l' uomo nell' attiva sua vita è obbligato a prendere le sue determinazioni

(1) La Glossa alla *Nov.* 73. *de instrum. caut., et fid. cap.* 1. « *Sed veritas quid est? Ipse Deus etc.* VERITAS *vero* HUMANITATIS *potest dici notitia certae rei maxime* PER VISUM ».

(2) Bentham *Theorie des preuves judiciaires vol.* 2. *pag.* 185. 186.

necessita quella de' suoi giudizi: prontezza autorizzata o perchè si tratta di cose lecite, e indifferenti alle quali si appiglia: o perchè i suoi giudizj se sono erronei lo sono a suo solo danno (1). Ma l'uomo, qualunque sia la situazione nella quale si trova, è sempre lo stesso: non spogliasi in un tratto delle proprie abitudini, nè sostituisce al criterio che lo ha guidato nell'attiva sua vita un criterio diverso.

La scienza sola abitua l' uomo a distinguere ne' proprj giudizi i bisogni della vita attiva, e quelli d'una ricerca, che, non interessando lui, o interessi altri, o sia destinata a risultare in una proposizione la più vera tra le possibili.

Se tutto l'archivio del criterio *istintivo* è nella mente dell'individuo istruito, o non istruito che sia, nè conosce regole che lo guidino e lo determinino, l'archivio del criterio *scientifico* è il registro de' fenomeni i più generali, e costanti della natura umana: è la scritta redazione delle analogìe, che questi fenomeni presentano tra di loro: è il risultato delle osservazioni, e delle meditazioni de'secoli sulle infermità, che la certezza morale circondano.

Il processo accusatorio è nella necessità di adottare nelle attribuzioni del giudice, e nelle più decisive il criterio *istintivo* primieramente perchè il giudice popolare non ne può aver altro:

(1) Thomas. *Diss. de fide jurid.* §. *XI.* caminando sulle tracce del Cartesio tocca, ma non esaurisce quest' oggetto importante.

in secondo luogo perchè le due forze dell'accusatore e del reo, libere e sciolte da ogni regola, potendo farsi valere non che co' ragionamenti colle simpatìe, e colle antipatìe, il criterio scientifico sarebbe un cattivo ingrediente di questo giudizio: in terzo luogo perchè facendogli mestiere d' una decisione perentoria definitiva il criterio istintivo è solo atto a somministrarla come quello che facilmente prende la propria persuasione per assoluta *verità* delle cose: finalmente per la ragione, che le guarentigie fornite al reo coll'obbligare l'accusatore alle conseguenze della calunnia obbligano la legge a non lasciar dubbj, o mezzi colori nella decisione del giudizio.

Le esposte considerazioni formano il distintivo carattere del processo accusatorio. Ma questo processo sebbene in supremo grado adattato alla forma di governo alla quale appartiene, perocchè diviene un mezzo legale allo sfogo degli odj, e delle rivalità cittadine (1), pur manifestasi poco confacente ai bisogni della pace pubblica in una società nella quale abondan gli uomini che per la lor condizione, e per lo stato de'loro bisogni anzichè sentire o apprezzare i vincoli della società sono fatalmente inclinati a divenirne i nemici.

Da questo distintivo carattere del processo accusatorio emanano non come *scelta* ma come

(1) Machiavelli *Discorsi sulle deche di Tito Livio*.

necessità le popolari forme, che tanto gradiscono all'uomo, il quale nell'amministrazione della giustizia penale vorrebbe porre la lealtà, la franchezza, e la libertà del giudizio, che apprezza in se stesso.

Se tutti concorrono a far la legge, pochi non possono esser reputati sufficienti a applicarla. Oltracciò la legge quasi intimorita di lasciar la sorte dell' accusato a discrezione dell' istintivo criterio del giudice, oltre all'assicurarsi della sua retta coscienza colla religione del giuramento, di cui però fu ben detto esser di vetro la fede (1), cerca le guarentigie che può nel lor numero (2), e non senza gravi difficoltà nel modo col quale in caso di lor diverso parere crede doverne valutare i suffragj (3).

Questa struttura inevitabile del giudice e delle sue attribuzioni nel processo accusatorio è la ragione delle sue forme, del modo, con cui vi è presentata la prova, del modo con cui vi è discussa, e decisa.

(1) « *Quanto è vitrea la fè d'un giuramento!*

Labindo.

È segnalabile la formula del giuramento, che assumevano i giudici a Roma « *Si sciens fallo tum me diespiter, salva urbe arceque bonis deiiciat ut ego hunc lapidem* », e avendo in mano una pietra la scagliavano. Festus *Verb. lapis* Cic. *Fam. lib.* 7. *ep.* 1. 12. Da quella formula apparisce, che fino da quegli antichi tempi il giudice giurava di *non ingannare*, ma non assicurava di *non ingannarsi*, e che la *coscienza* era reputata cosa diversissima dalla *scienza*.

(2) Beaufort *La rep. rom. vol.* 4. *pag.* 288. ne fa ascendere il numero fino a settantacinque. Adam *Antiquités Rom. vol.* 1. *pag.* 384. aumentandolo fino a *cinquecento venticinque*, sembra indicare tutti quelli, che potevano esser tratti a sorte per assistere al giudizio.

(3) Beaufort *La rep. rom. vol.* 4. *pag.* 288.

L' accusatore, ed il reo fanno della loro lite giudice il popolo nel giudice popolare: quindi il giudizio deve incominciarsi, e esaurirsi al cospetto del popolo, e in un locale, in cui ne possa essere maggior la frequenza (1). La questione perciò deve essere discussa e decisa nel più breve tempo possibile quasi di sua natura obbedendo alle leggi d' un' azione drammatica (2). La pronunziata anzichè la scritta parola nella istruzione orale, e nella orale discussione della causa diviene un mezzo necessario di comunicazione trà le persone che intervengono nel giudizio e la moltitudine circostante (3).

La brevità del tempo in cui si trovà ristretta la causa: l' indole della sua orale istruzione: il totale complesso delle prove e delle ragioni, che deve addurre ai giudici l' accusatore: la stessa

(1) Il Foro, o mercato Vicat *Vocab. jur. vol.* 1. *verb. forum* era il luogo, in cui si disputavano, e si discutevano le cause. Il moto di chi andava e veniva dava spesso agli oratori occasione di slanci retorici di mirabile effetto.

(2) Adam *Antiquités Rom. vol.* 1. *pag.* 392. erra dicendo, che la causa constava di *due azioni:* la prima consistente nella istruzione del giudizio: l'altra nella discussione. La istruzione della causa facevasi nella così detta *esercizione dell' azione*. Vedasi i citati da me *Elem. jur. crim. lib.* 2. §. 519. *et seq.* edis. *I., parte resecata poi nelle altre edizioni*. L'*azione* ne era la discussione. Eravi una *seconda azione* quando veniva aggiornata la causa a tre giorni per una continuazione di discussione col mezzo della *comperendinazione*. Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 9. *num.* 5. Jo. Alb. Spics *Diss. de comperendinatione, Lipsiae* 1728.

(3) È un soggetto critico di molta curiosità il determinare come gli oratori antichi acquistassero tal forza di voce da superare il frastuono, che era nel foro, e le distanze alle quali doveva giungere per essere udita. Iò ho discusso questo soggetto nel *Discorso storico giuridico sulle vicende della eloquenza forense*, onde mi astengo qui dal trattarne.

necessità in cui si trova il reo: tutto rende in questo processo inammissibile il lento, e graduale andamento d'un esame analitico: tutto è aggruppato e sintetico: la libertà completa, di cui godono le forze le quali muovono questo processo autorizza qualunque modo d'interrogazione al reo, ed ai testimoni. Il giudice *della questione* o istruttor della causa sotto gli occhi dei giudici *decidenti* non usa meno la *suggestione* nella esibizione degli oggetti che vi son relativi (1). La prova testimoniale, la prova letteraria, la prova indiziaria: tutto è messo in questo processo alla pari: tutto ha lo stesso valore: la retorica per la bocca degli oratori supplisce a quanto manca alla logica, e spesso ne prende il loco dando alle prove un valore, di cui per la loro dialettica indole sarebbero sfornite (2), e da questo complesso di cose si forma l'*intimo convincimento*, che determina i giudici o ad assolvere o condannare: nè il reo assoluto, sebbene per mancanza di prova, e non interamente esente da gravi sospetti, teme un autorità, che vegli sulla sua condotta futura (3): onde questo processo ha un fine simile al suo principio, rigettando sempre ogni specie di consorzio colla *polizìa*.

Il processo *quesitorio* è ne' suoi primi passi oscuro, e tacito quanto splendido, e rumoroso

(1) Ved. quanto è per dirsi nel *cap. VII.*

(2) Quintil. *Inst. orat. lib.* 5. *cap.* 8. « *Nec abnueram esse aliquid in* DELECTATIONE: *multum vero* IN COMMOVENDIS AFFECTIBUS ».

(3) Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 17. *cap.* 2. *num.* 5.

l'accusatorio. La sua prima ispirazione non è la franchezza, la lealtà, e il pericolo, a cui si espone l'accusa. Questo processo, quasi tutto concentrato in sè stesso, sembra un uomo, che aspetti l'altro all'agguato. La legge l'obbliga a questo atteggiamento, ingiungendo all'uffizio del giudice che lo conduce di non aspettare onde istituire la sua ricerca il delitto per sè manifesto, ma di muoversi ovunque a lui ne venga manifestata una traccia (1); dal che due conseguenze derivano: la prima che questo processo incomincia ove per così dire la polizìa finisce (2): la seconda che dovendo il giudice per obbligo del proprio uffizio valutare ogni più lontana traccia dell'avvenuto delitto far lo possa senza timor di calunnia (3).

(1) La formula tecnica è d'invenzione del Pontefice Innocenzo III. *cap.* 24. « *Denunciante fama vel deferente clamore officii sui debitum exequatur* ». Nella causa del signor De-La-Pivardiere fu disputato se la ricerca potesse essere incominciata senza denunzia. Pitaval *Cause celebri vol.* 3. *p.* 39.

(2) Ved. il *lib.* 3. *part.* 3. *cap.* 8. *pag.* 372. Il processo inquisitorio trovasi sorto sulle ruine dell'accusatorio ovunque è stato bisogno di purgare il paese dai malviventi. Thomas. *Diss. de occas. concept. ac intent. constit. crimin. Carol.* §. 7, *et seq*, Idem *Diss. de vera origine, natura, progressu, et interitu judic. Westphalicorum* §. 4. sebbene non sia da farsi illazione dai giudizj *Westfalici*, o *Wemici* al processo *inquisitorio*.

(3) Alcuni attribuiscono alla indole della *denunzia evangelica*, che credono essere stata la origine prima dell' inquisitorio processo la esenzione di chi lo muove dalle conseguenze della calunnia. Renazzi *De ord. seu forma judic. crim.* §, 13. *num.* 3. ragione la quale non si applica al giudice inquirente d'uffizio, nè il Renazzi ve l'applica. Contro questa impunità per la calunnia del giudice, e del denunziatore inveisce Thomas. *Diss de origine process. inquisitorii* §. *XIII.*

Questo processo presuppone in chi lo conduce un puro e disinteressato amore del vero; e la legge che sembra non voler altro che verità rigettando da questo processo ogni modo assertivo e dommatico lo sottopone in ogni atomo del suo moto al rigor dell' analisi nella verificazione dei fatti. La legge ripromettendosi ogni guarentigia dal rigore scientifico con cui questo processo è condotto non la cerca dalla coscienza del giudice: e non chiede da lui giuramento (1) nè facilmente lo espone alla ricusa (2).

La legge accuratamente distingue i fatti *transeunti*, ed i *permanenti* e stabilisce negli uni, e negli altri quali, e di qual peso esser debbono

(1) La rappresentanza, che la legge crede di avere *in* questo processo nel giudice è la vera ragione della non necessità del giuramento nè è valutabile quella che adduce Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 8. *num.* 1. Il principio di dritto domina da capo a fondo questo processo, e la divisa di quel principio come temperamento della politica autorità è in quel noto distico

« *Lex servat regem: servat lex optima regem.*
« *Lex sine Rege jacet: Rex sine lege nocet.*

(2) Ant. Math. *Ad lib.* 48 *dig. tit.* 13. *cap.* 7. *num.* 1. *cap.* 11. *num.* 5. esornando il processo accusatorio dichiara inammissibile la ricusa come andata sotto i Presidi delle province in disuso; e ad *lib.* 48. *tit.* 30. *cap.* 1. 2. 3. 4. esornando l'inquisitorio non ne ragiona. Egli non ha ponderato l'effetto della mistura, che sotto gl'Imperatori venne a ricevere il primo, e come poco favorevole al gius Pontificio ha parlato del secondo a norma degli statuti del proprio paese. Ma il dritto canonico ammette la ricusa del giudice sebbene in più ristretto modo di quello che praticavasi presso ai Romani. Just. Henr. Boehmer. *Jus. eccles. Prot. lib.* 1. *tit.* 2. §. 2. 70. Herman. Vulteii *De judiciis lib.* 1. *cap.* 4. *num* 179. 195, Bentham *De l'organisation judiciaire chap.* 16 crede la ricusa insufficiente onde premunirsi dalla parzialità dei giudici. Egli esige da loro una specie di *confessione generale*. Tanto è facile scrivere immaginando!

le tracce, che possono essere criticamente riferibili o agli uni o agli altri onde l'uffizio del giudice abbia in esse un titolo per istituir la ricerca (1).

Se il fatto è permanente, e di competenza della certezza fisica il giudice non può sostituirvi i metodi della certezza morale ed istorica. La ispezione oculare, e l'esame de' periti in un arte che a ciò sia necessaria debbono assicurare della esistenza del fatto, ed escludere il possibile che il fatto abbia una causa che delitto non sia (2).

La ricerca è d'un fatto *in genere* fino a quel punto. Ond'essa si trasformi in *speciale* ricerca dell'autore del fatto la legge indica le verisimiglianze e le probabilità che sole somministrano le tracce verificabili dall'uffizio del giudice (3). Se queste tracce sussistono il processo considera la persona alla quale conducono non come *reo convenuto* perchè attore non vi è, ma come mezzo di prova che è duopo sperimentare e come tale ne ordina la *custodia;* e poichè trattasi di mezzo di prova nell'uomo, all'oggetto che o le fisiche o le morali sue forze nel vedersi investito da congetture di reità non cospirino o da per sè o per mezzo di altri a corromperle la sua custodia è *segreta* (4). L'imputato vede attentarsi alla sua

(1) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 20. *cap.* 2 *num.* 7.

(2) *Eléments de la proced. crim. Amsterdam* 1773. *chap.* 4. *pag.* 190. *et not.* 1. 5.

(3) Mascard. *De probat. concl.* 144. *et* 1129., Farinacc. *Prax. crim. quaest.* 46. *num.* 35. 52. Savelli *Prefaz. alla pratic. universal. num.* 76.

(4) Montesquieu *Esprit des loix liv.* 28. *chap.* 34. attribuisce la pro-

libertà sopra un effetto che la legge, volendo provvedere alla sicurezza pubblica, ha anticipatamente concesso all'indizio.

Ma appunto perchè la persona contro cui si dirige la ricerca *speciale* è dal processo considerata come mezzo di prova, la legge ingiunge all'offizio del giudice di consultarla non come reo ma come prova, interrogandola cioè col rigor dell'analisi, e procedendo dal noto all'ignoto, dal semplice al composto, senza petizione di principio, e senza suggestione la quale ha sempre in sè la petizione di principio, e quindi o la ignoranza o la soperchierìa (1); ed ingiungendogli la scrupolosa verificazione di tutti i fatti, che la custodita persona per meglio chiarire la verità ancorchè a propria difesa possa allegare (2).

Il metodo stesso è dalla legge ingiunto nelle interrogazioni ai testimonj: e nelle recognizioni o delle *persone*, o delle *cose* sulla identità delle quali può nascere un dubbio (3).

cedura segreta all'abolizione del duello, e alla diffusione del sapere scrivere. Renazzi *Diatriba de ord. seu forma judic. crim.* §. *XIV*. riconosce nell'inquisitorio processo la necessità del segreto, sulla quale necessità, e su i suoi pericoli sarà in seguito parlato più diffusamente.

(1) Strykius *Disp. de jur. suggest. cap.* 3. Il modo di porre, e condurre la interrogazione senza vizio suggestivo è filosoficamente espresso dal Beccaria *Delitti, e pene* §. 38. Il fu Presidente Biondi *Istruzioni in compendio per compilare, e risolvere i processi criminali* op. *Firenze* 1801. *p.* 158. ha maestrevolmente esaurita questa materia.

(2) Carrard *De la jurisprud. crimin. part.* 3. *cap.* 3. *num.* 15. Il Savelli nella *Prefazione alla pratica universale*, e il Paoletti nelle *Istruzioni* rammentano questo dovere di chi guida il processo.

(3) Vedasi il Presidente Biondi *Istruzioni ec. loc. supr. cit.*

La tortura fu infelicemente il criterio de' due processi (1), ma niuno ha osservato come questo insensato, ed atroce mezzo passando dall' accusatorio all' inquisitorio processo dovette produrre assai più mali, e più ingiustizie che in quello. Imperocchè, se nel processo accusatorio la tortura fu applicata ai testimonj come esperimento della loro credibilità, nell'inquisitorio venne applicata ai testimonj ed al reo per questo appunto perchè per la indole di questo processo il reo è considerato non come tale ma come testimone o a proprio favore, o a proprio svantaggio.

La segreta custodia del reo ebbe in vero il titolo d' una prova dalla legge a questo effetto indicata. Ma il reo separato quasi dal mondo, e dagli uomini è alla balìa d'un suo simile senz' altra guarentigia che l' autenticità, e il rigore analitico degli atti che più a vantaggio del vero che al suo ha comandato la legge. Se nel processo accusatorio egli era con lurida veste esposto ai motteggi, e agl' insulti della moltitudine (2), il tempo del suo soffrire era breve: mentre quello della sua custodia nel processo inquisitorio dipende interamente dall' arbitrio d' un uomo, il quale ancorchè abbia appreso a conoscere i drit-

(1) Sull' uso della tortura nel processo accusatorio presso agli antichi scrissero Christ. Ulr. Grupen *Diss. praelim. de tormentis Roman. et Graec. in ejus obs. jur. crim. de adplicatione torment. Hannoviae* 1754., Jo. Frid Reitmejer *Comm. de origine, et ratione quaestionis per tormenta ap. Graec. et Rom. Gottingae* 1783.

(2) Adam. *Antiquités Romaines vol. 1. pag.* 379.

ti della umanità forse non crede che il reo altrimenti più vi appartenga.

Il segreto a cui è sottoposto il reo cuopre ed adombra tutta la procedura contro esso diretta. I testimonj, le lettere se ve ne ha che come prova al processo appartengano, tutto è esaminato segretamente, ed il reo non ne ha la notizia se non all'effetto di udirsi obiettare una prova alla nascita della quale egli non si è trovato presente.

Il processo quasi colla coscienza della sua rettitudine, e coll'opinione d'essere un criterio di verità, la quale o in segreto, o in pubblico è tale pur sempre, sembra non volere aprire le sue pagine al reo se non in quanto il timore di commettere una grande ingiustizia ve lo determina.

Se la giustizia non consente, che tra due i quali sul fatto medesimo asseriscono in modo contrario l'uno dell'altro sia creduto piuttosto all'altro che all'uno senza che amendue si trovino faccia a faccia e in un contraddittorio reciproco o si confutino o si schiariscano, questo processo sodisfa col *confronto* del reo co' testimonj, e talvolta ancora de' testimonj tra loro a questa legge della logica, e della giustizia (1). Se il testimone apparisce mentire egli a guisa di documento che merita d'esser letto con attenzione maggiore è sottoposto a segreta custodia (2).

(1) Boehmer. *Jurispr. crim. sect.* 1. *cap.* 12. §. 221. Quanto ai testimonj lo impugna il Poggi *lib.* 1. *cap.* 2. §. 64.

(2) Paoletti *Istruzioni criminali etc. pag.* 95., Mirogli *Istruzioni criminali etc. cap.* 5. *num.* 94.

In questa forma di giudizio penale, esaurita l' analitica indagazione delle circostanze tutte relative al fatto denunziato come offesa, la forza che può avere acquistata la prova non prende mai l'assertivo atteggiamento che ella assume nel processo accusatorio. L'uffizio del giudice è dalla legge obbligato a convertirsi in critico ragionamento, il quale colle medesime analitiche regole, colle quali si è costruita la prova, debb'esser fatto conoscere in modo *obiettivo* al reo onde lo confuti se ne ha il mezzo (1). In questo obiettivo prospetto de'dati di reità i soli fatti, che gli forniscono, e le regole critiche che ne mostrano la logica connessione sono i mezzi, che la legge autorizza. Il rigor dialettico delle obiezioni esclude per sè medesimo ogni influenza di retorico ajuto, o di appoggio di forza, che razionatrice non sia. La confessione del reo, tolta da questo metodo la tortura e tutti gli equipollenti, sotto i quali questo mezzo diabolico sebbene estirpato sì facilmente ripullula, altro esser non può se non l'effetto della persuasione di trovarsi scoperto, e della inutilità d'ogni ulterior tentativo a celarsi. Ma o il reo confessi o persista nella sua negativa è indifferente cosa a questo processo. Le sue formule in questo suo ultimo stadio non abbandonano mai il modesto frasario della ricerca, e l'ultima pronunzia sua è

(1) Carpzov *Prax. crimin. quaest.* 113. *num.* 15. È a quest'oggetto una norma quel noto verso di cui il Voltaire ha fatta la parodia nella sua corrispondenza col D'Alembert

« *Quis, quid, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando.*

che il reo n' è rimasto per le resultanze degli atti, e per la forza logica delle cose investito.

L' ultimo termine della ricerca *speciale* sembrerebbe dover coincidere con quello da cui prende principio l' accusa. I due metodi non hanno stadio, in cui si somiglino, e il cattivo, e meschino criterio de' processi più *intarsiati,* che *misti* ha potuto solo far credere diversamente. La differenza degli effetti giuridici della confessione dell'imputato lo prova. La sua confessione nel processo accusatorio escludendo la lite esclude ogni ulterior bisogno di prova (1). Questa confessione nel processo quesitorio non ha effetto maggiore di quel che può averne l'asserzione del testimone, e come l'imputato può proporre eccezioni contro il deposto del testimone può sempre proporne contro la stessa sua confessione (2).

Esaurita fino a questo punto la ricerca destinata a *informare,* il processo uscendo per la prima volta alla luce pubblica sembra quasi arrossire di sè medesimo, e del segreto di cui si cuoprì cercando una via, un modo, una formula onde darsi il titolo di *legittimo* (3): su di che varie furono le opinioni, non meno varj i metodi quali più quali meno alla giustizia conformi (4): tutti concordi però nella poco approva-

(1) Ved. qui appresso il *cap. VII.*

(2) Ved. il seguente *cap. VII.*

(3) Ambrosin. *Process. inquisit. lib.* 5. *cap.* 1.

(4) Zuff. *De legit. proc.,* Guazzin. *Ad defens. reor. def.* 24. *cap.* 6.,

bile massima che gli atti restassero sempre in potere del giudice.

Se il processo accusatorio è quasi la cosa medesima del civile giudizio niente vi ha che alle forme di questo giudizio repugni quanto l'inquisitorio. Non essendovi accusatore, e perciò reo nemmeno: tutto operandovi il giudice, non può concepirsi in questo processo *contestazione* di lite, ed è un vero controsenso l'asserire che la lite tanto coll'accusatore quanto col giudice si contesta (1).

Il reo è sottratto invero dalla segreta custodia ma l'uffizio del giudice è sempre quello che regola i suoi destini. Egli è ammesso alla discolpa con facoltà di consigliarsi co' suoi difensori: di proporre eccezioni contro gli atti compilati a suo carico: contro le prove acquistate contro di lui ed a proporne delle nuove a proprio favore se ne ha. Ma il processo non assume mai atteggiamento di accusatorio. L'uffizio del giudice sottopone ogni nuovo atto ogni nuovo mezzo di prova proposto dal reo a quelle medesime dialettiche regole, che presiederono alla informazione contro di lui. Questo processo non ha nè contradizione nè contradittori. Le regole della

Chartar. *De interrog. reor. lib.* 2. *cap.* 3., Sabell. *Prefazione etc. num.* 144.

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 20. *cap.* 1. *num.* 4. Questo dotto scrittore parificando all'*accusatore* il *giudice* mostrò non avere avute idee nette del processo inquisitorio, lo che sarà meglio dimostrato parlando de' processi *misti*.

critica, e quelle del dritto nell' intelletto del giudice tutto fanno, e tutto conducono. La difesa non è un' arme che il reo impugni per toglier di mano all'accusatore la sua: ella è piuttosto l' ajuto che un ingegno, cui la legge vuol supporre nell'interesse del reo più illuminato, è autorizzato a fornire a quello del giudice: perocchè niente è in questo processo allegabile che assistito dall'autorità della legge nou sia, e l'autorità della legge come superiore al giudice non che al difensore può ben essere al cospetto del giudice fatta valere.

Poichè in questo processo niente vale, che il suggello della legge non abbia, il criterio istintivo dell' uomo non vi esercita influenza di sorta veruna, e il criterio della scienza colle regole che ne ha per così dire mutuate la legge decide solo della sorte del reo. Se i più purgati canoni della certezza morale, ed istorica ne hanno riconosciuto il carattere nella non interessata, e spontanea confessione dell' autore del fatto, e nel concorde deposto di due testimonj i quali non possono aver contro di sè il sospetto o di essersi ingannati o di aver voluto ingannare, comecchè la legge ha potuto e dovuto adottar questi canoni, essa gli converte in dati della definitiva decisione della causa (1). Se le regole della certezza morale ed istorica non hanno ancora o saputo o potuto collocarla sopra altri dati

(1) Thomasius *De origin. process. inquisitorii* §. 1. *not. c.*

nè l'hanno potuta ravvisare o nella prova *scritturaria*, o nella prova *indiziaria* la legge non si presume della scienza più dotta: il criterio istintivo dell'uomo non le ispira fiducia come nel metodo accusatorio, nè a quelle due specie di prova concede tutto ed intero l'assenso suo (1). Se le regole della buona critica ravvisano la certezza morale non come verità assoluta delle cose ma come inclinazione dell'animo umano il quale assente, o dissente ad una proposizione o restando immobile, o oscillando, o da un lato piuttostochè dall'altro piegando a guisa di bilancia su i bacini della quale sian collocati pesi diversi (2), la legge modellando la propria coscienza su i dati unici della scienza fissa il nome *giuridico* d'ogni peso, che può esser posto sulla bilancia con quello di *sospetto*, d'*indizio remoto*, o di *prossimo*, di *urgente*, e *urgentissimo*: esprime tutti i gradi possibili della sua inclinazione maggiore o minore colle formule *dubbio*, prova minore della *semi-piena*: *semipiena*, e della *semipiena maggiore*: e assegna ad ogni grado d'inclinazione quello d'influenza sul modo di sentenziare tanto agli effetti

(1) Thomasius *loc. cit.*

(2) Questo espressivo paragone è di Cicerone *De nat. deor. c.* 1. « *Ut enim necesse est lancem in libra ponderibus impositis deprimi sic animum perspicuis cedere* », e l'Alighieri

« *Contrappesando l'un coll' altro lato.*

Parad. c. 21.

Condillac riferito dal Renazzi *Elem. jurisprud. crimin. vol.* 3. *pag.* 146. lo ha poi riproposto.

dell' assoluzione quanto a quelli della condanna: pronunziando semplicemente *decretoria* sì l'una che l'altra: la prima equivalente all'antica ampliazione della causa (1): la seconda esprimente una pena proporzionata al grado della imputazione e a quel della prova (2).

La indole critica, e ad ogni passo giuridica di questo processo persuaderà facilmente che se l' accusatorio è una combinazione di *forze* delle persone nel giudizio penale legittime, il quesitorio è una combinazione di *atti legittimi:* che se tutto in quello producono le *persone*, tutto in questo gli *atti* producono: se in quello opera l'istintivo criterio dell'uomo quanto al giudicare del titolo del delitto, del suo grado possibile, e della sua prova, in questo opera un criterio *scientifico* col quale si è costruito il *giuridico:* se in quello la legge non pone limiti alla o-

(1) Chr. Dan. Erhard *Diss. de ampliationibus judiciorum publicorum apud Romanos*. *Lipsiae* 1793. La differenza è dal *finito* all' *indefinito*. Determinato era il periodo dell' *ampliazione:* indeterminato è quello dell' *assoluzione dalla istanza*. La diversa indole de' due processi, e l'antipatìa dell'uno, e la simpatìa dell' altro colla polizìa è il motivo di tal differenza. Il più dotto scrittore in questa materia, volendo confutare la *comune scuola* tutta addetta all' inquisitorio processo coll'autorità di Asconio il quale parla di accusatorio, ha prodotta una inestricabile confusione. Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 17. *cap* 2. *num.* 3 Il Nani nelle sue osservazioni a quel luogo *not.* 3. camminando sulle tracce del Duareno crede sapere per qual titolo di prova i Romani ampliassero la causa, e parla di prova *semipiena*, del che il criterio naturale dell'uomo non può avere alcuna nozione.

(2) La teorìa della prova semipiena è strettamente, e logicamente connessa con quella della pena straordinaria, del che sarà discorso nel seguente *cap. XII.*

pinione che le persone che v' intervengono possono avere della loro forza, in questo chi denunzia, e chi si difende perde affatto l'atteggiamento di forze, e il giudice ne ha una, la quale si svolge entro limiti, che ad essa ad ogni suo atomo, e ad ogni sua fase prescrive la legge: se in quello la sorte del reo è alla balìa del suo simile nel giudicante, in questo ella è dalla legge anticipatamente, e prima che egli reo fosse, prestabilita.

Conseguenza di questo stato di cose ella è che la istruzione della causa, la sua discussione, e la sua decisione debba essere in questo processo non *orale* ma *scritta*. La lenta e progressiva nascita della prova: la necessità d'istituire col reo una discussione logica per contestargliela, e quella perciò di ricevere ordinatamente le sue ragioni, e le sue discolpe son tutti motivi, i quali impediscono che questo processo abbia il suo principio, il suo progresso, e il suo termine fuor delle quattro mura che circoscrivono il luogo destinato all'amministrazione della giustizia, e sarebbe ridicolo convocar la moltitudine onde udisse la lettura d'un volume di scritto, il quale senza la cognizione della legge, e d'un corpo di giurisprudenza niente significa (1).

Il processo inquisitorio se vero fosse come vero pur' è che altro non sia se non un analitico

(1) Errori de' processi misti, de' quali può dirsi come del mostro di Orazio.

« *Desinit in piscem mulier formosa superne.*

metodo ordinato dalla legge per la verificazione d' un fatto quanto le cognizioni umane possono giungere a fissarne la credibilità sarebbe una bell' anima in un corpo deforme: un ministro dell' arte salutare sotto aspetto di carnefice: vera imagine del secolo nel quale nacque, ed in cui anco il vero, ed il giusto assumeva carattere di prepotenza, e barbarie. Onde questo processo per conciliarsi le simpatìe degli amici della umanità e della giustizia aspettava un legislatore, che ne afferrasse lo spirito mutandogli il corpo in tutte le parti, che presentavano deformità: una specie di Prometeo il quale tolto un raggio dal sole lo infondesse in una massa di materia dalla sua mano maestrevolmente configurata.

Sono questi i distintivi caratteri de' due processi; ma comecchè l' accusatorio è tutto in potere dell'*uomo* e il quesitorio tutto in poter della *legge*, non può essere opera perduta l'andar rintracciando pazientemente se le materie sulle quali il giudizio penale si aggira, come possono facilmente apprendersi giudicabili dall' uomo il quale ne' proprj giudizi non conosce confine, così lo siano dalla legge, il cui giudizio, non potendo che sopra generali regole aver la sua base, limitato necessariamente debb' essere: la qual cosa dai disputatori in questa màteria, che tanto interessa la individual sicurezza dell' uomo, ed il regno della giustizia, non è stata non che toccata sospettata neppure.

CAPITOLO VI.

Delle materie di fatto, e delle materie di dritto nel giudizio penale.

Il criterio istintivo dell'uomo ne' giudizi relativi alle cose che occorrono nel corso ordinario della sua vita è *empirico* in sommo grado, e tutto a così dire inchiodato ne' fatti. Il solo criterio scientifico giudicando de' fatti colla scorta dei principj diviene necessariamente *dommatico* nelle cose le quali uscendo dal corso ordinario della vita dell'uomo richiamano, per la influenza che debbono avere o nella guida del suo intelletto, o in quella della sua volontà, la sua attenzione. Non si tratta qui dell'*empirismo*, e del *dommatismo* come criterj caratteristici di due scuole diverse della filosofia o della ragione o del dritto dichiarati inammissibili nell'amministrazione della giustizia (1). Si tratta del criterio con cui si giudica d'oggetti i quali nella loro varia, e spesso incalcolabile ricorrenza richiamano sempre a un nuovo giudizio, il quale per il criterio istintivo è sempre nuovo: per il criterio scientifico ha regole che in gran parte se non in tutto gli tolgono il carattere della novità.

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 128.

Facilmente s'intende come nel processo accusatorio, dovendo essere la controversia decisa dal criterio istintivo dell'uomo, le leggi come generali concetti come principj dommatici dovevano essere poche, semplici, e brevi, e per quanto possibile era non esistere affatto, onde lasciare il maggior campo possibile all'*empirismo* di quel criterio, il quale come fu altrove osservato diveniva empirico viemaggiormente quanto più si concentrava nell' intimo convincimento, abusivamente chiamato coscienza del giudice (1). Quindi vediamo come gli scettici pongono in bocca della natura la satira delle leggi della società appellandosene all'età dell'oro dipinta dai poeti, e allo stato di quelle nazioni, presso le quali il primo che passa è preso a giudice della controversia, o il giorno del mercato è quello in cui taluno scelto tra la folla decide tutti i processi senza norma di esempj senza seguito di conseguenza, e praticando la massima « *ad ogni piè la sua scarpa* » (2).

Questo modo di pensare sembra supporre la impotenza della legge a stabilir regole generali onde meglio guidare l'umano giudizio nel decidere le controversie che nascono o dagli oggetti del dritto privato, o da quelli del pubblico nelle

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 130.

(2) Montaigne *Essays liv.* 3. *ch.* 3. Infatti il *mercato* era presso ai Romani la circostanza nella quale si discuteva, e si decideva la causa. Cic. *Pro Rabir.* Liv. *Hist lib.* 3. *c.* 12. 58. Adam *Antiquités rom. vol* 1. *p.* 386.

materie penali, e supporre inoltre nell'uomo una natural facoltà, nata con lui, alla sua ragione inerente, colla quale egli possa in ogni oggetto ravvisare la *qualità*, che gli conviene, onde essere tra due contendenti con giustizia apprezzato.

Se così fosse, la umana ragione sarebbe nel suo progredire deteriorata. Quella opinione trovasi come pratica generale, e costante nel modo di decidere le controversie umane nella infanzia della società, e Platone che l'adottò (1), chi sà se trovandosi fuori della sua immaginaria repubblica, e dovendo divenir giudice in mezzo a un popolo in cui il dritto di proprietà è divenuto un grande, e complicato oggetto di dritto non avesse adottato la sentenza di Cicerone il quale facea da ben altro, che dal naturale criterio dell'uomo dipendere la retta amministrazione della giustizia (2).

Ma questa opinione dimostra come il dritto del *costume* è in opposizione manifesta col *dritto* della *legge scritto* (3), e che senza distinzione di materie civili, o di materie penali o è forza che regni l'uno, o è forza che regni l'altro. L'analogìa che

(1) Plat. *De legib. lib.* 9. non vuol legge scritta, ma non vuol nemmeno giudice tratto a caso dal popolo. Egli parla di magistrato: onde la sua opinione tradotta al modo di esprimersi de' dì nostri sarebbe contraria alla *codificazione*.

(2) Cic. *In Top.* riferito dall'Averani *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 8. « *Jus civile quod ex legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistit* ».

(3) Thomas. *Diss. de morum cum jure scripto contentione diss.* 54. *vol.* 1. *pag.* 656.

vi ha tra le forme del giudizio civile, e quelle del processo accusatorio fa sì, che i bisogni dell'uno debbono esser facilmente confusi con quello dell'altro, e se un paese adotta questo, il quale per se medesimo rigetta ogni regola di dritto scritto, difficilmente adotterà questa regola in quello. Che anzi non sarà difficile trovar nella storia esempj, i quali facciano sospettare che, introdotto il processo accusatorio in un paese ove il dritto scritto sia stato nel suo pieno splendore, o introdotte alcune sue forme nel civile giudizio, il primo, e più visibile effetto di questa novità sia stato quello d'infievolirne lo studio (1).

In questa contesa è interessato il dritto *civile* come il dritto *penale*, ma lasciando ad altri la cura di giudicare del primo, il destino del secondo dipende dall'osservare se gli oggetti ai quali intende di provvedere nel *titolo* della offesa, ne'suoi *gradi* possibili, nella *prova*, e nella giusta *proporzione* della difesa siano in realtà, o possano divenire oggetti di *dritto scritto*, e di regola *giurisprudenziale*, o siano tali che se ne possa, o se ne debba abbandonare il giudizio al naturale criterio dell'uomo. Nè con ciò si vuole

(1) Mi asterrò qui da citare fatti, esempj, e paesi: ma mi sarà lecito osservare come la decadenza della scuola di dritto, che illustrò già la Francia è deplorata dal sig. M. P. Royer-Collard *Introd. aux lettr. sur la Cour de la Chancellerie d'Angleterre etc. Paris* 1830 *pag. LXV.-VI.* L'illustre autore osserva che il Cancelliere l'Hopital a'suoi tempi parlando di alcuni aspiranti alla magistratura si espresse «*faites retirer ces grands anes*» *pag. LXXIII.*

gittare un nuovo pomo di discordia tra gli uomini, e sostenere che la *legge scritta* soltanto debba regolare i loro giudizj nell' amministrazione della giustizia penale: ma si vuol tentar solamente se è per qualche via dimostrabile che il processo il quale incomincia, prosegue, e si esaurisce colla regola di dritto scritto sia degno d'essere ammesso tra i ritrovati della umana ragione, ed irrazionale non sia.

Discutendo la nozione giuridica della offesa: indagando le regole che meglio possono guidare a bene apprezzarne le specie, e a collocarle per le loro analogìe in classi separate, e distinte si vide come questa materia è alla balìa di quattro spesso tra loro contrarj principj il *religioso*, il *morale*, quello del *dritto della ragione*, e il *politico*. Il contrasto di questi principj è grande nel fissare la vera nozione della offesa, e non è men grande quando si tratta di classarne le specie. Ma ancorchè riesca al principio politico di riuscir vittorioso da questa contesa, non minori difficoltà incontra la classazione nel costruirsi sulle basi, e collo spirito di questo principio. Gli errori d'uomini sommi in questa materia altrove già segnalati (1) dimostrano quanto sia facile allo spirito umano di restare abbagliato dalle apparenze, e poichè gli errori commessi da altri son dimostrabili conviene ammettere, che un sistema scientifico se non il più vero almeno il più

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 6. *pag.* 108. 109.

probabile d' ogni altro può comporre, ed ordinare tutta questa materia.

La offesa è un fatto come un vegetabile è un individuo: ma se una scienza, se il suo studio, se la sua pratica fornisce il mezzo di conoscere non l' individuo ma la specie alla quale appartiene, e non la sola specie ma il genere eziandìo per mezzo di caratteri che legan tra loro queste tre diverse serie d' idee, e i quali perciò rendono l'individuo meglio determinabile, e certo, chi potrà impugnare, che una scienza utile a meglio conoscere un oggetto individuo pe'suoi caratteri non lo sia a meglio conoscere un fatto per le sue qualità?

L'offesa come semplice fatto può meritar l'attenzione che merita o un onda che passa in un fiume, o una nuvola che passa per l'aria. Sono le *qualità* del fatto quelle che contano, e queste qualità sono altrettanti oggetti di dritto perchè in un fatto le qualità o vietate, o scusate, o tollerate tutte dipendono dalla legge. È dunque la legge quella, che dà tutta la importanza al fatto delittuoso, e il confronto del fatto colla legge è tutto giuridico. Se il giudice di Roma antica pronunzia o la formula di assoluzione, o la formula di condanna: se il giudice nel *jury* pronunzia « è colpevole o non colpevole » è inutile il dire che esso giudica del *fatto:* egli pronunzia un giudizio di *dritto* perchè ha dovuto prima di pronunziarlo confrontare le qualità del fatto colla legge la quale, per queste qualità da essa

sola determinabili o ha vietato il fatto o lo ha scusato o lo ha tollerato o invece che delitto lo ha dichiarato un'azione lecita, o un delitto di diversa natura. Sono due cose diverse il fatto considerato per la sua *materialità*, ed il fatto medesimo considerato per la sua *qualità*, che la legge sola ha potuto imprimergli quasi togliendolo dalla classe degli atti *indifferenti*. Se il giudice dovesse decidere della material connessione del fatto con chi se ne rese l'autore, lo che altrove fu designato colla formula *imputazione fisica* (1) il suo giudizio sarebbe di *fatto:* ma se il giudice qualifica il fatto come delitto dicendo essere l'imputato colpevole, la sua pronunzia non è altrimenti di fatto ma è in gran parte di *dritto*. Nè gioverebbe il dire che il giudizio scendendo dalla *coscienza* del giudice è di competenza dell'uomo il quale ne possiede la rettitudine: perocchè per le cose premesse vi ha differenza grandissima tra il giudizio della *coscienza*, e quel della *legge* nell'imprimere a un fatto umano la qualità di delittuoso (2).

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 2. *pag.* 36.

(2) Torpeja è accusata di *perduellione* per aver consegnato il campidoglio a' Sabini. Ella si difende col dire, che non ebbe animo ostile contro la patria: che l'oro dai Sabini offertole l'accese del desiderio di possederlo: che il suo delitto è di *cupidigia* non di *tradimento*, o di *ostilità* contro la repubblica. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 2. *cap.* 2. *n.* 3. rigetta questa difesa, e sebbene esimio giureconsulto non ne dà le ragioni. Un individuo è accusato di avere, armato, fatto parte d'una sommossa con lo stabilito governo. Egli si difende col dire che uno zelo di religione lo mosse: che religioso, e non ostile è l'atto che a lui si rimprovera. Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 1. §. 21. in-

Spesso il giudizio sul confronto del fatto colla qualità dalla legge vietata non può proferirsi se un precedente giudizio non abbia in esso stabilita una qualità la cui determinazione è necessaria onde credere o che il fatto è il prodotto dell'azione d'un agente imputabile e non l'effetto d'una causa priva di moralità come nel carattere delle ferite, negli omicidj, ne' furti con scasso, o che il fatto da presentarsi sotto gli occhi del giudice è realmente quello, che viene al reo obiettato come delittuoso come nel caso di falso in scritture. Richiedesi allora l'intervento d'un arte, la quale colle regole che le son proprie stabilisca se il fatto ha tracce della mano dell'uomo, o dell'azione di cause che appartengono all'ordinario corso della natura, ossivvero decida se il fatto piuttostochè aver le tracce della mano del reo le presenta d'una mano diversa. Questo giudizio il quale dee precedere la prova del vero autore del fatto, e la pronunzia se esso sia contrario alla legge è separato, e distinto dall'una ispezione, e dall'altra, e diviene ad ambe pregiudiciale.

Siccome questo pregiudiciale giudizio non è

signe giureconsulto applica a questo caso il detto d'Ulpiano nella *L.* 40 *tit.* 2. *lib.* 47. *dig.* e ammette la *scusa*. Questi due giudizj dipendono dalla idea, che il giudice si è formata del *titolo* del delitto in quanto deriva dalla *causa di fare*. Un *jury* in Francia in una causa di falsificazione di moneta non essendovi dubbio nè sul *materiale* nè sullo *speciale* del delitto decise che delitto non vi era perchè l'accusato avea falsificato non per *nuocere altrui* ma per *giovare a se stesso*. Henr. Cock *Diss. de judicio juratorum pag.* 52. *not.* 3.

da aversi se non da uomini periti nell'arte, colle regole della quale può essere pronunziato col minor possibile pericolo di errore, il principio di giustizia prescrive che ciò che i soli periti nell'arte possono stabilire non sia stabilito da chi non ne ha la perizia (1): onde il pretendere che quel giudizio debba restare assorbito in quello del fatto, o debba essere istituito col modo col quale il giudice conosce e decide d'una prova per mezzo di testimonj (2) è un andar contro alla natura medesima delle cose, ed esporsi ad errori fatali alla civil sicurezza (3).

La influenza, che la età ha sulla forza morale dell'azione umana, che offende la legge, non è

(1) Dig. *Lib.* 1. *tit.* 5. *l.* 12. *lib.* 25. *tit.* 4. *l.* 1. La materia periziale fa nascere più questioni tutte giuridiche 1. se i periti abbiano carattere di *testimonj* o di *giudici*. Si decisero per il carattere di giudici Gonoer e Schneider. 2. Quali guarentigie di perizia, e di probità debbano somministrare. 3. Qual debba essere il loro numero. 4. Se sia sempre necessaria la *ispezione oculare* per la credibilità delle loro soluzioni. 5. Se oltre alla prestazione del dolo debbano quella della colpa. 6. Qual sia il mezzo legale per provare l'errore del loro giudizio ec. Ved. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 10. §. 22.

(2) Il giudice popolare non conosce del materiale di delitto sopra *visum et repertum*. I periti dell'arte sono esaminati in giudizio come testimonj. Cottu *De l'administr. de la justice en Angleterre chap.* 3. *pag.* 92.

(3) Ved. le cose notate nel *lib.* 1. *cap.* 10. *pag.* 306. 307. Lastrange in una storia di Scozia racconta come fu convinto un medico d'avere scritto un libello sedizioso. Il medico impugnò il carattere e fattone il confronto con quello delle ricette scritte da lui vi fu ravvisata una differenza. Ma fu osservato 1. che egli aveva una scrittura di medico, e una di cospiratore, 2. che non essendo quella esistente negli atti la scrittura di medico doveva essere necessariamente quella di cospiratore; e fu condannato. Irish New Papers etc. *by R. L.* Edgeworth, and Marie Edgeworth. *Biblioth. Britan. liter. vol.* 28. *pag.* 128.

un soggetto d' esame il quale possa essere instituito, ed esaurito con quello d'una speciale azione d'un individuo. Tale influenza non ha il carattere d' un caso particolare come potrebbe averlo la prova; e i dati da' quali è desunta sono le generali forze della natura, e i fenomeni che nella lor più comune, e costante ricorrenza le manifestano. Non si sà comprendere come la legge fissando da sè medesima l'anno della età umana prima del quale l' individuo non può esser tradotto in giustizia per il delitto che egli abbia commesso, non debba darsi l'incarico di fissare il dritto della età per tutto quel periodo, che lo divide dal punto, in cui la esperienza, e la osservazione hanno reso certo, che nell'uomo il sensitivo principio ha potuto subire senza ulteriore difficoltà il giogo salutare della ragione (1). È innegabile la contradizione di quelle leggi, le quali proteggendo l' età minore dagli effetti penali delle *trasgressioni*, o delle *omissioni* le negano protezione quando si tratta degli effetti penali di offese più gravi dell' ordine della città abbandonando in questo secondo caso la sua sorte al giudizio dell' uomo sfornito d' ogni cognizione del dritto (2).

La legge penale nel primo caso non sdegna i calcoli della legge civile, e cammina sulle sue tracce: nel secondo rigetta, nè si sa perchè, i

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 9. §. 1.
(2) Blackstone *Comentaries on the laws of England b.* 4. *ch.* 2. §. 1.

suoi consigli. Ma se le regole, che la legge civile stabilisce per ben giudicare degli effetti giuridici dell' azione commessa in età non matura, sono state considerate come oggetto, e materia di dritto, sarebbe mestieri di solide, e convincenti ragioni per sostenere, che la legge penale è obbligata ad abbandonare questo sistema, e tutto ridurre ad una ispezione di fatto.

La ignoranza e l'errore, sia che si considerino nel loro *oggetto*, sia che si considerino nella loro *origine*, o nella influenza che hanno sulla *moralità* dell' azione (1), non sono fatti proprj o di un individuo, o d'un caso: ma sono nozioni desunte dalla osservazione, e dalla esperienza dei fenomeni della morale natura dell' uomo come tali pur sono nelle materie del dritto privato. L' indole dell' errore, e della ignoranza come maniere d'essere dell'animo umano sono oggetti di ricerca della ideologìa. L'indole della ignoranza e dell'errore *efficace*, o come altri meglio lo chiamano *concomitante* è un astruso problema per il *moralista* e per il *giurista*. Sembrerebbe al primo aspetto, che il senso morale del giudice potesse essere una scorta sicura per giudicare di certo, e talvolta indefinibile grado di mancanza di rettitudine nelle azioni umane alla legge contrarie. Ma meglio, e più accuratamente esaminando le cose si scorge, niente vi essere di più contrario alla buona critica, ed alla giustizia,

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 10. §§. 1. 2.

nel giudicare di certe azioni, del senso morale il quale perciò sembra essere tutto destinato a servir di scorta all'uomo per ben dirigere le azioni proprie non a fornirgli un mezzo per censurare le altrui (1).

La teorìa degli atti umani trovasi sempre titubante ed incerta nel fissare il vero carattere dell'azione commessa con colpa. La ideologìa applicata, che non bisogna confondere colle arditezze colle quali l'umano pensiero pago di sè spregia o non cura la forza delle cose e de' fatti, trovasi anch'essa in gravi perplessità (2). Il senso morale che deve essere nell'uomo scrupoloso e severo nel giudicare delle azioni proprie porrà il medesimo scrupolo, e la stessa severità nel giudicar delle altrui (3). In queste materie le regole del dritto civile sarebbero una scorta fallace per il dritto penale, il quale non può neppure ammettere la definizione che il primo dà della colpa (4). Il principio politico, ammet-

(1) Blackstone *Coment. etc. loc. supr. cit.* §. 5. esemplificando l'errore di fatto, e l'errore di dritto omette di far menzione dell'*essenziale*, e dell'*accidentale*.

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 10. §. 7.

(3) Blackstone *loc. supr. cit.* §. 4. non dubita di ammettere agli effetti penali la massima *qui dat operam rei illicitae tenetur de facto consequuto* su di che fu a lungo parlato nel *lib.* 2. *cap.* 10. §. 2. *pag* 215.

(4) Heinecc. *Elem. jur. civ. etc. lib.* 3. *tit.* 14. §. 784. costruisce sulle tracce del Vinnio una definizione della colpa sembrando desumerla dal Dig. *Lib.* 9. *tit.* 2. *l.* 71. e Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 1. *cap.* 6. §. 1. rigettando la definizione de'civilisti, e preferendo quella posta dal Caravita s'illaquea in un linguaggio anfibiologico, di cui sarebbe difficile fissare il significato. Chi ammetterebbe con questo scrittore che nella colpa debba esser compreso il danno arrecato allo stato?

tendo il criterio che l'azione colposa debba esser giudicata sopra una scala di critiche probabilità del dolo velato sotto le apparenze di negligenza (1), batte una strada diversa da quella, a cui spingerebbe chi giudica il senso morale e mostra i pericoli ai quali esporrebbe l'abbandonarvisi.

L'azione casuale non è meno difficile a percepirsi quando si voglia qualificare un fatto, e decidere se esso ne abbia il carattere. Le implicate ispezioni dell'aggirarsi l'agente in lecita o in illecita cosa: dell'essersi o non essersi informato di quanto le leggi prescrivono relativamente all'atto, che egli assume: dell'aver potuto o non potuto prevedere tutti i più lontani e mediati effetti dell'atto lecito, ch'egli abbia assunto, sono tutte ispezioni di dritto, senza le quali il tentare la interpetrazione del fatto sarebbe lo stesso che voler convertire in luce le tenebre.

Nè più facili, nè di minore importanza sono le nozioni di dritto necessarie a conoscere ed apprezzare nel fatto un azione coatta alla legge contraria (2). I dissidj nella terminologìa di quest'azione mostrano per sè soli la difficoltà somma di ben definirla, e il contrasto in cui le leggi pur sempre si trovano nel fissare il giusto grado

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 10. §. 2.

(2) Furono proposte ad un jury tre questioni 1. l'accusato ha ucciso volontariamente? 2. Uccise nella necessità di difendersi? 3. L'ucciso era armato? Alla prima rispose no: alla seconda sì: alla terza no: contradizione ne' termini. Cock *Laud. diss. pag.* 53. *not.* 2.

d'imputazione della coazione *impropria* sono una convincente riprova, che la sola scienza del dritto può fornire un ajuto a sciogliere i problemi di fatto che essa presenta (1).

Ma allorchè la scienza si accinge a fissare nel fatto l'indole dell'azione lesiva dell'ordine, la quale riconosce come causa morale una passione d'impetuoso carattere onde dai fatti decidere se ella o come *tentazione* o come *spinta* abbia agito (2), nè il *genio inventivo* nè il *criterio istintivo* porge soccorso onde sciogliere con verità, e giustizia i problemi, che questo caso presenta. Il dritto civile fissa le regole ed i principj coll'ajuto de'quali il giureconsulto decide della natura dell'atto che più verisimilmente è stato voluto dal consenso o d'uno, o di più contraenti. Il dritto penale sebbene debba costruire le sue congetture in un più ristretto cerchio di oggetti, e sia

(1) La legge inglese lascia impunito il furto con scasso commesso dalla moglie per ordine del marito, massima, la quale ripete la sua origine da' tempi, ne' quali il matrimonio riduceva la donna alla classe di schiava. Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b.* 4. *ch.* 2. §. 6. *n.* 1. Questa regola non è ammessa nell'*omicidio*, o nell'*alto tradimento* ec. Nè il figlio nè il servo ottiene scusa per la subiezione al padre, al padrone. Un jury in Francia rimandò assoluta una donna accusata di furto consigliatavi dal marito perchè il codice civile prescrive, che la moglie dee obbedienza al marito. Feuerbach citato da Cock *Laud. diss. p.* 48. *not.* 1.

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 11. §. 5. Questa parola *spinta* come designativa della *causa* che determina l'uomo ad offendere, che ha eccitata l'ammirazione di molti, e il di cui uso in questa materia è stato cagione di errori non pochi, fu prodotta per la prima volta dal Beccaria *Delitti e pene* §. 6. È però da notarsi il luogo nel quale quel grande ingegno ne fa uso spendendola in senso di forza contro la quale deve reagire il timor della pena.

certamente più facile a discernersi il consenso al delitto che al contratto non usa ordigni diversi, e se una giurisprudenza è necessaria all'uno non è all'altro men necessaria. La ideologia applicata può bensì essere d'utile soccorso alla legge nel fissare i generali caratteri della passione che agisce non come tentazione ma come spinta: ma la sola giurisprudenza collo studio che ogni nuovo caso gli offre degli atti umani e della maggiore o minore influenza che l'intendimento, e la libertà ebbero nel governarli può giungere a stabilire le più esatte formule di rimprovero colle quali ciascun caso possa essere con esattezza, e con giustizia deciso.

I tentativi dello spirito umano nel comporre questa materia difficile nel modo più acconcio alla pratica sono una prova, che non ogni intelletto ad ogni nuovo pratico caso può giudicarne con rettitudine. Tale scrittore è stato reputato il più ingegnoso, ed esatto nell'appianare alla pratica il giudizio dell'azione commessa nell'impeto, e le sue varie fasi, il quale ha preteso tutto ridurre a due sole regole (1). Altri col proposito di ampliare una formula per se stessa troppo ristretta o ha ammesse passioni, le quali non possono considerarsi come *spinta* all'animo umano, o si è perduto nell'ideale, e fantastico (2). Chi potrà credere, che queste difficoltà, questi

(1) Wieland *Spirito del dritto penale cap.* 1. §. 290.

(2) J. Rud. Hommel *Diss. quid de poen. rom. et im. philosoph. stat. cap.* 2. §. 2.

errori, e questi pericoli inerenti alla indole degli oggetti, su' quali si dee raggirare l'umano giudizio allorchè vengono considerati come morali fenomeni della natura umana, o spariranno o diverranno minori quando è da giudicarsi dell'azione, e della condotta di un individuo: e ciò che è arduo per la *scienza* diverrà facile ed ovvio per la *coscienza*? (1)

La offesa inferita dall'alienato di mente: dall'ebro: dall'uomo avvolto nel sonno è tale anch'essa da non poterne proferire un giudizio senza averne prima attentamente studiati i generali caratteri, e dalle analogie che essi ne' varj casi presentano costruite regole di forense criterio (2). La storia de' giudicati conferma questa verità relativamente al delitto dell'ebro, e dell'alienato di mente (3), e le fatiche d' insigni

(1) Il jury in Inghilterra nel dubbio tra il *premeditato*, e l'*improvviso* omicidio lascia la questione alla decisione del giudice giureconsulto, lo che significa essere la cosa non di *fatto* ma di *dritto*. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 2. *pag.* 103.

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap* 9. *pag.* 183. 194. *cap.* 11. §. 6.

(3) La medicina si è trovata costretta a divenire *legale*. È difficile comprendere come un individuo ne possa più d'una scienza, e creda di ben decidere le controversie legali senza esser legale. Nella causa di Feldman accusato di parricidio nella persona della sua figlia per la quale arse d'amore incestuoso, nacque una questione di alienazione di mente. L'accusator pubblico si fondò nel dire che l'accusato avea allegata la ebrietà, non l'alienazione di mente: ragione prettamente legale se la variazione dell'accusato dovesse nuocergli. *Barreau francois moderne vol.* 6. *pag.* 307. *e seg.* Nella causa di Giacomo Halfield, il quale esplose una pistola contro al Re d'Inghilterra l'insigne *Erskine* suo difensore usò di ragionamenti tutti legali per provare l'alienazione di mente dell'accusato, il quale venne assoluto. *Barreau anglais vol.* 2. *pag.* 486. *e seg.* La signora Baronessa di Stael ha riportato nelle sue opere l'esordio sublime di quest'aringa.

giureconsulti la confermano pure relativamente al delitto commesso nel sonno (1).

Più gravi perplessità si presentano nel giudizio pratico del grado della offesa quanto alla sua forza *fisica* sia che si consideri nell' *attentato*, sia che si consideri nella *complicità*.

Fu ponderato altrove quanto sia difficile a porsi la nozione giuridica dell'attentato: quanto sia ardua a conciliarsi la contradizione, che in esso s'incontra della offesa piena e perfetta nella sua forza morale, e incompleta e imperfetta nella sua fisica forza: la inutilità delle astrazioni generiche, le quali possono giungere fino al romanzo in questa materia: il vario, e cangiante aspetto, che gli oggetti in essa frequentemente presentano. Se la nozione dell'attentato, la quale non s'incontra ne'libri del dritto romano, non è nè può essere cosa di *fatto* ma è una cosa di *dritto* delle più difficili a concepirsi per la mente umana dalla quale sola può nascer la *legge:* se questa nozione costruendosi coll' esame de' caratteri di analogìa, che la esperienza, e la osservazione hanno saputo apprezzare in una serie di fatti, sembra evidente che per giudicare di fatti nuovi onde stabilire se abbiano lo stesso carattere due requisiti son necessarj: che la mente la quale si accinge al giudizio abbia presente la nozione giuridica dell' attentato: che ella sia quanto è più possibile esercitata all' esame dei

(1) Thomasius *Dissert. de jure circa somnum, et somnia* già citato nel *lib.* 2. *pag.* 195. *not.* 3.

fatti, i caratteri de' quali debbono esser posti al confronto con quelli, che la nozione designa colla generale sua formula (1).

La differenza tra la interpetrazione dell' atto lecito, e quella dell' atto illecito ha potuto illuder le menti. È stato creduto forse, che la interpetrazione dell' atto lecito non fosse di dominio della coscienza come quella dell' illecito. Ma se più maturamente si esaminasse la cosa si scorgerebbe, che l' ordigno intellettuale necessario a stabilir bene la prima è pur necessario a bene stabilir la seconda, e che all' opposto è più necessario in questa che in quella: perocchè se il senso morale di chi giudica è di poco soccorso nella prima interpetrazione, è un grande operatore nella seconda: quindi sempre inclinato a precipitare il giudizio: sempre disposto a farlo dipendere dalla maggiore, o minore severità de' principj professati dal giudice (2): sempre pronto a preferire l'ufficio di legislatore a quello di applicator della legge.

Nelle materie civili il giudizio dipende più dall' indole dell' oggetto su cui verte la contro-

(1) Trattavasi d' un furto attentato. Era stato sorpreso l' attentante entrato già nella casa altrui, ed avendo operato lo scasso per afferrare la roba furtiva. Fu domandato ai giurati se il reo avesse con atti *esterni* manifestato il suo proposito di rubare, i quali risposero nò, perchè l' attentato era stato commesso nell' *interno* della casa. Feuerbach citato da Cock *Laud. diss. pag.* 52. *not.* 1.

(2) Il sig. Feuerbach *op. cit. pag.* 194. osserva, che in Inghilterra i rei si nascondono finchè presiede al jury un giudice di conosciuta severità, e si presentano quando vi presiede un giudice di più mite carattere.

versia, che dalle predisposizioni dell' animo di chi giudica: nelle penali è tutto il contrario, e il giudizio dipende in gran parte dalle disposizioni dell'animo di chi lo assume: tanto nelle prime quanto nelle seconde il giudizio debb'essere meramente *declaratorio*, tale cioè che decida se nell'oggetto di cui si disputa esiste o non esiste la *qualità* che i litigatori in senso l'uno all'altro contrario pretendono (1): ma nelle prime l'applicazione del principio della eguaglianza non fa sospettare parzialità: nel secondo l'applicazione delle idee di moralità, di lecito e d'illecito, e di competenza o non competenza della pena vanno soggette ad essere adombrate dai pregiudizj i più onorevoli alla natura umana, e perciò i più facili ad appiccarsi agli animi probi ed onesti.

La legge, e la indole sua razionale toglie per così dire l'uomo dalla sua abituale maniera di sentire, e può convertirlo in una intelligenza quasi celeste. Per lo che quanto più gli atomi fuggitivi d'un fatto sono dalla scienza afferrati, e le loro analogìe convertite in regole di diritto più il regno d'una impassibil giustizia è sicuro.

Ne' paesi ne' quali ogni nuovo fatto esige un nuovo giudizio, semplice e breve è la legge sul titolo del delitto; e poco giusta nello stabilire tutti i gradi possibili della forza morale, e della forza fisica della offesa: onde la inesperta, ed

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 2. *pag.* 39.

ancora tenera età non vi trova difesa (1): l'errore, e la ignoranza non vi son rammentati come titolo di scusa (2): l'azione nell'impeto, e nella ebrietà vi è giudicata con rigore eccessivo (3): l'attentato non vi è distinto dal consumato delitto (4).

Se i fenomeni degli umani interessi nelle materie civili hanno potuto aver regole di dritto le più acconce a comporre, e chiarire i casi controversi, che ne derivano: se per decidere di questi casi è stata pressochè ovunque sentita la necessità di avere e giurisprudenza, e giureconsulti (5) come la stessa necessità non dovrebbe essere concordata nelle penali?

La economìa politica ha dimostrato, che senza la divisione del lavoro le arti umane sarebbero sempre nella infanzia e nella barbarie, nè sarebbero suscettibili di perfezione (6). I lavori della mente in giurisprudenza non son dissimili da quelli della mano nelle arti. Far decidere ogni

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 9. §. 1. *pag.* 163.

(2) *Cod. pen. franc.* 1810. *art.* 65. 319.

(3) Blackstone *Coment. on the laws of England b.* 4, *ch.* 2. §. 3.

(4) *Cod. pen. franc.* 1810. *art.* 2.

(5) Furono rammentati altrove i giudizj centumvirali *lib.* 1. *cap.* 15. §. 1. *pag.* 271. *not.* 2. Un autore il quale con squisita erudizione ha parlato di questi giudizj osserva, che i *centumviri* erano uomini sufficientemente versati nel dritto, e nella sua pratica applicazione. Dr. Fr. Guil. De Tigerström *Diss. de judicibus apud Romanos Berolini* 1826. *lib.* 2. §. 36. Questa opera è tanto più encomiabile quantochè l'autore ha tratto molto profitto per il suo scopo dalle istituzioni di Gajo scoperte nel 1816.

(6) Smith's *An Inquiry into the causes of Wealth of nations b.* 1. *chapt.* 1.

nuovo caso di disputa a un uomo colle sole forze morali della propria natura sembra esser la cosa medesima che dare per la prima volta ad uomo nuovo nell'arte il materiale greggio per costruirne un mobile destinato agli agj, ed ai comodi della vita (1).

Una sola riflessione compendia, ed abbrevia tutta questa ricerca diretta a conoscere se il giudizio sulla qualità vietata d'un fatto, sul grado di forza morale con cui è commesso, e sul grado di ostilità contro la legge che esso contiene, sia un giudizio di fatto, o un giudizio di dritto. La legge sola ha stabilita, e fissata la qualità, e questa legge è quella, che alcuni non male a proposito chiamano *sostantiva*. Il giudizio, che dice essere in tale, o tale altra azione la qualità che ne fissa la colpa è un giudizio visibilmente *aggettivo*. Or come lo spirito umano potrebbe in buona logica dichiarare in un fatto l'aggettivo d'un sostantivo se il sostantivo non conoscesse?

(1) Era questa riflessione uscita da qualche tempo dalla mia penna quando l'insigne Avvocato Inglese C. P. Cooper mi onorò del donativo dell'opera *Lettres sur la Cour de la Chancellerie d'Angleterre etc.* qui addietro citata da lui arricchita di note, e di appendici, e mi compiacqui d'incontrare la stessa riflessione in quell'opera. *Lettr.* 14. *pag.* 103.

CAPITOLO VII.

Continuazione. Della prova del fatto elevabile a regola di diritto.

Col giudizio de' fatti, ne' quali è colle regole del dritto da stabilirsi se abbiano qualità ad esso contrarie, non è da confondersi quello delle circostanze, di fatto anch' esse, le quali debbono essere valutate onde potere asserire che il fatto alla legge contrario avvenne, o non avvenne, e per opra di chi, qualora accada che di fatti simili debba proferir giudizio chi non n' ebbe da' proprj sensi direttamente la prova. La imputazione *fisica*, o il giudizio sulla esistenza materiale d' un fatto, e sull' essere un fatto l' effetto fisico del moto di tale, o tale altro individuo (1) è per ogni riflesso diverso da quello, che indaga se il fatto sulla materialità e sulla specialità del quale non può più nascer dubbio è o non è derivato da causa morale vale a dire dalla intenzione, e in qual grado, e se questo fatto sebbene per il suo carattere *intrinseco* innegabilmente morale, sia e fino a qual punto dalla legge vietato. Il primo giudizio verte sopra fatti *accessorj* i quali sono argomenti critici della esistenza, o non esistenza d' un fatto *principale* al quale si riferiscono: il

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 2. pag. 36. not. 1.*

secondo giudizio verte sopra un fatto unico e certo onde stabilire se è quello, che dalla legge fu contemplato. Il primo giudizio confrontato col secondo apparisce in tutti i riguardi, ed in tutti i suoi elementi di *mero fatto*, nè coll' ajuto, o colla regola della legge che lo qualifica può dirsi che esso sia avvenuto, o avvenuto non sia. Il giudizio su questo fatto è tutto e per tutto fuor della legge.

La legge determinando le qualità vietate d'un fatto le astrae per così dire da tutto quello che fatti simili hanno di materiale e corporeo, e converte queste qualità in tanti enti di ragione senza di che legge come generale concetto non potrebb' essere (1). Or queste astrazioni nelle parole, e nello spirito della legge stanno, e sussistono di per sè senza che alla loro razionale esistenza sia bisogno della materiale de' fatti, che la legge ha inteso prescrivere. E sebbene molti e varj possano essere gli aggiunti, o le circostanze le quali accompagnando un azione umana ne svariano o la moralità, o il danno che ella arreca alla legge, pur questi aggiunti, e queste circostanze non sono tali di lor natura nè sì indefinibili, che la legge non possa antivederle, ridurle in serie per i caratteri delle loro analogie respettive, e così astrarne le qualità, che fissate nella sua lettera servano di norma a chi dee proferirne giudizio (2).

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 3. *pag.* 55.

(2) Esempio ne sia quel che fu scritto nel *lib.* 2. *cap.* 3. *e cap.* 5.

La mente può formarsi la idea dell'imbecillità d'intelletto per causa di età, di sesso, di malattìa, di circostanze eventuali e variabili nella ignoranza e nell'errore: di una mancanza di volontà, o di libertà in un'azione umana alla legge contraria senza bisogno di pensare a certo, e determinato individuo, e a certe e determinate circostanze in mezzo alle quali abbia agito. Ma se si tratta di fatti individui, i quali debbano divenire contrassegni, o argomenti della esistenza, o non esistenza d'altri fatti del pari individui ignoti a chi giudica, la legge non può fare astrazioni: perocchè non trattandosi allora di fatti proprj degli uomini, e della loro morale natura ma trattandosi di un fatto derivante dal moto particolare d'un individuo, a lui personale, e perciò alla sua individualità fisso, e inerente, manca alla legge il mezzo d'astrarre da un fatto solo, e individuo una qualità che ad altri simili fatti convenga. Ogni fatto sulla esistenza del quale nasca questione ha una serie nuova, e sempre diversa di fatti accessorj, che più o meno ne sono argomenti. Questa varietà, questa mobilità continua irrefrenabile di fatti *noti* argomenti d'un fatto *ignoto* è un insuperabile ostacolo, che la loro stessa natura presenta al tentativo, che far volesse la legge di astrarne qualità generali, fisse, costanti che servissero di norma all'umano giudizio (1).

(1) La ricerca è astrusa. Tentò ma infelicemente a mio credere di stabilir la differenza delle probabilità del *dritto*, e di quelle del *fatto*

Per queste ragioni i giureconsulti Romani ravvisarono certezza nel *dritto*, ed incertezza nel *fatto* (1) reputando incontrovertibile il primo, e soggetto di controversia il secondo (2): sapiente ed ammirabile detto, il quale mostra e riconosce nella legge la prerogativa della umana ragione, e non inteso da chi ravvisò disputabile il dritto confondendolo o col modo inesatto con cui il redattor della legge lo espresse, o colla sua pratica applicazione (3).

Ma quel detto presupponendo controvertibile il fatto non lo ha dichiarato però dal dritto indeterminabile. Si è voluto esprimere con quel detto che la mente umana, contemplando la legge, non ne ha potuto controverterne la esistenza, sebbene l'indole del fatto a cui dee la legge applicarsi possa essere spesso controvertibile. Se la questione di fatto oltre all'essere proponibile fosse anco per quanto spetta alla legge indeter-

l'autore anonimo del *Saggio sopra i principj*, e *i fondamenti della probabilità*. *Livorno* 1790. *pag.* 127. opuscolo altronde d'un merito non comune.

(1) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 6. *l.* 2.

(2) Dig. *Lib.* 48. *tit.* 16. *l.* 1. §. 4., *lib.* 50. *tit.* 1. *l.* 15.

(3) Jos. Andr. Joubert *Specimen juridicum de evidentia etc. Lugd. Batav.* 1825. *pag.* 30. L'autore del *Saggio sopra i principj*, *e i fondamenti della probabilità pag.* 127. ammettendo un calcolo delle probabilità di dritto non ha concepito esservene uno di certezza apodittica, come lo sono le verità matematiche. Gli esempi che egli adduce delle probabilità di dritto si riferiscono tutti alle leggi di dominio del *pratico raziocinio* Ved. *lib.* 1. *cap.* 5. vale a dire al *dritto politico*: osservazione la quale serve di risposta a chi reputasse un' *inintelligibile ideologismo* il soggetto della prima parte di quel libro. Co' sistemi, i quali confondono il *gius di natura* col *dritto politico* è difficile giudicar rettamente della sentenza de' giureconsulti Romani.

minabile, e per ragionamento scientifico non definibile di guisachè tutto dovesse abbandonarsi al criterio istintivo dell'uomo apparirebbe questo una specie di disperato compenso, a cui la legge avrebbe dovuto appigliarsi per definire l'indefinibile, e per porre un termine all'infinito. Contradizione manifesta: perocchè essendo da un lato certa la legge, e incerto il fatto a cui dee la legge applicarsi dall'altro, non si saprebbe comprendere qual fosse fra questi due estremi il termine di mezzo, il quale, come le leggi dell'umano intelletto prescrivono, partecipasse della natura dell'uno, e di quella dell'altro.

Questo termine medio tra la legge che fissa la qualità vietata d'un fatto umano, e il fatto di certo, e determinato individuo è la *prova,* senza la quale vana sarebbe la legge, e paragonata perciò da' giuristi alla luce, senza di cui inutile all'occhio umano sarebbe il creato (1) e proclamata solo, e vero lume di verità (2): quindi ordigno dominatore di tutto il giudizio penale.

Fra i fenomeni della natura morale dell'uomo quello che più domini i suoi destini, e sia nel tempo stesso il più difficile a definirsi, è il modo con cui nel suo animo nasce la prova d'un fatto, la esistenza o non esistenza del quale dee essere la ragione sufficiente del proprio giudizio.

Esistono nell'intelletto umano, infissevi dal

(1) Cod. *Lib.* 4. *tit.* 19. *l. ult.*

(2) Cod. *Lib.* 7. *tit.* 63. *l.* 4. Pacian. *De probat. lib.* 1. *c.* 5. *n.* 4. Jacob. De Sanct. Georg. *Ad Rubric. de probat. in dig. n.* 8.

supremo autore della natura, le forze necessarie a valutare la prova: ma l'attività di queste forze come di tutte le altre create dipende dal loro maggiore o minore esercizio: da' maggiori o minori soccorsi co' quali l'arte dovette sempre ajutar la natura. Il primo navigatore solcò il mare sopra uno scavato tronco dell' albero, e il navigatore de' giorni nostri ne sfida sopra ondeggiante fortezza la collera. Un uomo il quale giudichi per la prima volta della credibilità della prova non è da paragonarsi ad un uomo il quale abbia consumata la vita nel giudicarne, ed abbia avuto il soccorso di regole che l'arte ha potuto con lungo studio strappar come segreti dalle mani della natura per meglio guidare il proprio giudizio.

I fatti dell' uomo relativi alle leggi, che hanno inteso regolare le sue libere azioni, hanno un carattere, che gli distingue dagli altri, come gli oggetti metafisici hanno un carattere che gli distingue da' fisici, e questi ne hanno uno che gli diversifica dai morali, ed istorici. Come questi diversi oggetti quanto alla loro prova hanno un diverso criterio non sembrerà paradosso il dire che hanno anco gli oggetti giuridici il suo. Non solo un oggetto metafisico non può esser giudicato col criterio della certezza fisica, o della morale ed istorica e viceversa, ma neppure un uomo abituato a giudicare o degli oggetti metafisici o de' fisici sarà destro a giudicar de' morali ed istorici come un uomo che abituato vi sia.

Tutto parte dalla natura, ma tutto coll' arte si perfeziona. Sono nella natura i tre diversi criterj regolatori dell'umano giudizio relativamente agli oggetti metafisici, ai fisici, ed ai morali ed istorici, ma la osservazione fatta qui sopra dimostra esser questa una inutile verità, ed aver ella anzi un grave pericolo comecchè tendente a insinuare che l'un criterio possa essere supplito dall' altro.

L' effetto della prova è un moto dell' animo umano, ma questo moto in un animo che giudichi colle gregge e naturali sue forze è una cosa, e in un animo abituato a giudicare di certi oggetti, ed ajutato dalla osservazione e dalla esperienza è una cosa diversa.

Chi paragonò la giurisprudenza romana alla geometrìa: chi la paragonò alla medicina ippocratica (1), le quali due qualificazioni presuppongono in essa il poter d' una scienza, e d' un arte. Entra necessariamente nella giurisprudenza il modo di calcolare la prova degli oggetti ai quali debbe essere applicata la legge: onde non può sembrare irrazionale concetto l' ammettere che la prova oltre all' avere una stima *naturale* ne abbia ancora una *giuridica*.

Si scrivono, e si pubblicano sempre trattati per viemeglio conoscere le forze dello spirito umano, e per meglio dirigerle alla scoperta del vero. Scrittori rinomati per la forza del loro in-

(1) Leibnits, Comte citati nel *lib.* 1. *cap.* 15. §. 2. *pag.* 287. *not.* 2.

gegno intraprendono nuovi, ed utili tentativi onde applicare la logica alla cognizione di ciò che meglio conviene al perfezionamento della civil condizione degli uomini (1). Tra gl' importanti fenomeni della natura umana quelli che fanno nascere i problemi giudiciarj non tengono l'ultimo luogo: nè si saprebbe comprendere come questi fenomeni potessero avere il singolar privilegio d'esser meglio apprezzati dalla ignoranza che dalla scienza e dalle regole critiche che dalla scienza può torre in presto la legge.

Il moto eccitato dalla prova nell'animo umano come quello della bilancia, su cui pongonsi le frazioni del peso, che il suo momento può sopportare, ora è maggiore ora è minore: ora è più lento ora è più rapido. Questo moto incomincia col *sospetto*, e si esaurisce nella *certezza*. Una scienza misura i diversi gradi del moto della bilancia, e dà a ogni peso capace a produrlo il suo nome. Come non sarà necessaria una scienza per misurare i gradi del moto dell' animo umano, nel che consiste il suo maggiore, o minore assenso alla prova della verità d'una proposizione o d'un fatto?

È sentita la necessità di distinguere il *verisimile*, il *probabile*, il *certo*. È stata pur sentita la necessità di distinguere dall' *indizio* il *sospetto:* questo, moto gratuito dell' animo: quello,

(1) Romagnosi *Vedute fondamentali sull' arte logica aggiunte alla logica di* Antonio Genovesi. *Milano* 1832. *vol.* 2.

moto pure dell' animo ma prodotto da un fatto (1).

Poichè i moti dell' animo umano come gradi di assenso alla verità possono esser gratuiti, e possono essere autorizzati dai fatti, se siano a se medesimi abbandonati non vi può esser mezzo onde distinguere se abbiano o l' uno o l' altro carattere. La immaginazione umana, la umana malizia, il caso fabbrica le apparenze di verità: per lo che i fatti istessi dai quali parte il verisimile, il probabile, il certo meritano d'essere attentamente considerati. Le regole dell' analogìa fondate sulla esperienza, e sulla osservazione possono sole fornire il mezzo onde discernere il falso dal vero, e dall' apparenza la realtà; e se una scienza può fornir queste regole, la legge può bene autorizzarle e costruirne la propria certezza in quanto può costruirla la scienza, commettendo alla giurisprudenza di raccogliere osservazioni, ed analogìe, le quali ajutino progressivamente a discernere il vero ne' fatti, ne' quali assoluta certezza morale non è sperabile.

Alcuni scrittori, sebbene favorevoli alla stima giuridica della prova, ponendosi in manifesta contradizione con se medesimi, dissero che ella non appartiene alla disciplina del dritto (2): nè i fautori del contrario sistema mancarono di no-

(1) Anth. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 6. *n.* 3.

(2) Globig *Censura rei judicialis Europae liberae etc. part.* 2. *cap.* 8. §. 1.

tare una tale contradizione, e proclamar la vittoria della loro sentenza (1).

La *nascita* della prova è in un fatto fuor dell'animo di chi giudica: il suo *effetto* è nella connessione, che l'animo di chi giudica scorge tra questo fatto, e il fatto che deve esser provato. Il fatto, da cui nasce la prova, o giunge all'animo di chi giudica nella sua natural nudità, o vi giunge in un modo, che la legge fissa e determina. L'animo di chi giudica o è nel giudicare isolato, sciolto, e libero come la natura lo ha fatto: o la legge lo circonda di circostanze entro le quali dee giudicare, e le quali perciò limitano la sua natural libertà. Niuno potrà negare, che la legge, l'una e l'altra cosa facendo, non tolga alla prova la sua natural libertà, e le imprima un carattere che da essa sola deriva.

Queste cose premesse, giova osservare che lo stesso processo *accusatorio*, il quale abbandona tutta questa materia all'*istintivo* criterio dell'uomo, adotta regole di dritto, che lo tengono per il bisogno della più retta valutazione della prova in certi confini. In questo processo, e nel più puro e schietto modello, che i Romani ce ne lasciarono, l'asserzione dell'accusatore, primo incentivo, e titolo della prova, era soggetta per legge a certe formalità (2): la non comparsa del

(1) Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires liv.* 8. *chap.* 22.

(2) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 6. *num.* 1.

reo: il suo silenzio alla interrogazione del giudice: il modo con cui confessava, o negava stava in luogo di diverso modo di prova (1): la custodia, che l'accusatore ed il reo aveano diritto di darsi, avea l'oggetto di fornire un carattere piuttostochè un altro alla prova (2): il modo di esaminare i documenti, e le tavole (3): quello d'indurre i testimonj (4): il titolo per applicar la tortura, dichiarata a que' tempi la questione di fatto per eccellenza (5): il numero de' giudici: il loro giuramento: la quantità de'suffragj necessarj a dire provato, o non provato il fatto in questione (6), erano tutti altrettanti espedienti in regola fissa, e costante adottati dalla legge onde dare alla prova l'atteggiamento, che ella reputava il più idoneo alla sua credibilità. Nè la

(1) Ant. Math. *loc. cit. cap.* 7. *num.* 3.

(2) Ascon. Pedian. *Divin. in verr.*

(3) Cic. *In verr.* 1. *cap.* 36. 61.

(4) La materia de' testimoni, del lor numero, del modo di udirli, e anco di costringerli è ben trattata da Adam *Antiquités Rom. vol.* 1. *pag.* 394. 396.

(5) *Facti quaestio in eculeo est: juris in judicio.* Cic. *pro Milon. c.* 21.

(6) Adam *Antiquités Rom. vol.* 1. *pag.* 384. e 398. parlando dei giudici di Roma gli assomiglia sempre ai *giurati*: errore nel quale è pur caduto Aignan *Histoire du jury cap* 7. *pag.* 74. I giudici antichi non conoscevano la celebre distinzione « *Judices respondent de jure: jurati de facto* »

« *Mos erat antiquis niveis, atrisque lapillis*
« *His* DAMNARE *reos, illis absolvere culpa.*
Ovid. *Met. lib.* 15. *v.* 41.

Quanto al modo di sentenziare de' giudici a Roma la lettera A era detta *lettera salutare* Svet. *In Aug. c.* 33., e la lettera C *lettera trista* Cic *pro Mil. c.* 6. Ved. qui addietro *pag.* 48 *not.* 1.

osservanza di queste regole era dalla legge affidata o al naturale criterio, o alla coscienza del giudice popolare, ma era affidata a giureconsulti i quali eransi formati alla cognizione del dritto nelle civili materie (1).

È stato osservato, essere gli oggetti del giudizio penale più gravi assai di quelli del giudizio civile, e non potersi perciò stabilire positiva illazione da questi a quelli (2). Con buona pace di questa sentenza è da riflettere, che gli oggetti dell'uno non sono più gravi di quelli dell' altro, ma sono affatto diversi. Esaminando le cose col criterio del vero assoluto, e date due sentenze l'una nel giudizio civile, l'altra nel giudizio penale amendue coerenti al vero, e alla legge, non è da dire che l' una sia stata proferita in cosa o più leggiera, o più grave del soggetto dell'altra: perocchè amendue hanno stabilita una verità, ed hanno il carattere d' un atto di giustizia. Ma la diversità degli oggetti su i quali cadono ne fa nascere una sulla credibilità della prova, che la sola scienza, e perciò la sola legge può esattamente apprezzare.

(1) I Pretori giudicavano prima i soli affari civili ma presiederono poi le questioni perpetue. Van Der Hoop *Diss. de iis qui antiquitus ap. Rom. de criminib. judicarunt in Thes. Meerman v.* 8. Il giudice della questione riceveva le prove nel modo dalle leggi prescritto, e tutta la *esercizione* della causa era regolata da lui. Dig. *Lib.* 48. *tit.* 18. *l.* 1. È erroneo ciò che dice del giudice della questione l'altronde dottissimo Ales. Adam *Antiquités Romains etc. vol.* 1. *p.* 383., asserendo che sceglievasi tra i giudici popolari. Lo eleggeva o la legge, o il Senato. Averani *Interpret. jur. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 4.

(2) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 1.

Nel giudizio civile si disputa d'una cosa divenuta soggetto del dritto di proprietà, o d'una qualità personale, che ha relazione al dritto di proprietà. Nell'uno, e nell'altro caso l'ordine pubblico non è alterato se la cosa invece d'essere in una mano sia in un altra: se la qualità invece d'essere in una sia in un altra persona. Il grande e solo interesse dell'ordine pubblico è che la questione tra i due contendenti sia terminata onde essi non la esauriscano di propria autorità o coll'arme, o col bastone alla mano (1). Il giudizio civile è perciò nella necessità di dirimere definitivamente la lite e non la lasciare pendente, perchè i due litigatori vogliono, e con ragione, veder sistemato il lor dritto. Così essendo conviene al giudizio civile di esser più corrente e più facile sulla credibilità della prova: perocchè uno *scetticismo* scientifico, col quale si volesse librarla col rigor delle regole della certezza morale, potrebbe spesso lasciare indeciso il litigio (2).

Nel giudizio penale si tratta d'irrogare ad una

(1) Il pericolo come più immioente è stato accennato nelle questioni di possesso. Heinecc. *Elem. jur. civ. etc. lib.* 4. *tit.* 15. §. 1228. La diversità della prova nel *civile*, e nel *penale* giudizio è stata discussa sopra altri fondamenti da Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 8. §. 2.

(2) Per queste ragioni la legge Toscana, nel caso di dichiarazione di *processo aperto* lascia all'offeso libero il dritto di sperimentare contro il preteso offensore le sue ragioni per il danno da lui sofferto nel giudizio civile. *Cod. Leop. art.* 113. Il Nani comentando l'articolo si contenta di dire, che un fatto può non credersi abbastanza provato agli effetti *criminali*, ed abbastanza provato agli effetti *civili*.

creatura umana un dolore o affliggendo il suo corpo, o privandola della sua personal libertà, o del suo onore: nè vi ha necessità d' irrogarglielo potendosi facilmente supporre o che il delitto non sia stato commesso, o che una diversa persona lo abbia commesso. Da una parte il dritto della natura respinge lungi dall' accusato la pena: dall'altra il dritto politico dee considerare, che la irrogazione della pena non adempie il suo scopo se ella non cade sul capo del vero offensor della legge. La presunzione d' innocenza guarentita dall' uno obbliga l' altro ad esigere una prova più convincente, e più piena di quella che può esser necessaria a dirimere la lite civile, nella quale niuno de' litigatori può allegar presunzioni, o regole critiche le quali parlino piuttosto a favore dell'uno, che a favore dell' altro (1).

La opinione confutata altra volta, la quale vorrebbe che la pena crescesse in rigore quanto può decrescere nella certezza della sua applicazione (2), che altro è se non concedere alla legge il dritto di regolare la valutazione della prova? Perocchè questa opinione, a cui non è

(1) Bentham *De l'organisation judiciaire chap.* 2. taglia il nodo colla nomenclatura *dritto disputato* (giudizio civile) *dritto violato* (giudizio penale) falsa, o almeno equivoca l'una e l'altra. Lo stesso autore *Traités des preuves judiciaires vol.* 2. *chap.* 2. ha parlato col suo solito ingegno delle *presunzioni*, che egli chiama *antigiudiciarie* o operanti l'effetto loro innanzi, e per la indole o del giudizio, o dell'atto che lo promuove.

(2) Ved. il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 2. *pag.* 115.

dato forse di esprimersi in intelligibil linguaggio: i fautori della quale non si son forse mai reso conto della sua logica consistenza, onde darle un significato qualunque, è costretta a convertirsi in encomio delle *prove privilegiate*(1).

Queste considerazioni dedotte dalla natura medesima delle cose, per se stesse implicate e difficili, annunziano la necessità non che la esistenza possibile d'una *stima giuridica* della prova, e dimostrano che il suo vero valore non sempre può nascere da quel che dicono i testimonj: da quel che i documenti palesano: da quel che il detto del reo, il suo contegno, il suo volto significa: molto meno da circostanze di fatto, che

(1) Il giureconsulto Papiniano *Dig. lib.* 28. *tit.* 7. *l.* 15. si esprime « *Quae laedunt pietatem, existimationem, verecundiam et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est* ». Si può domandare, I. Se tale, o tale altro fatto individuo possa per se solo autorizzar questa regola della sua credibilità. II. Se la regola sia vera o falsa III Se essendo vera ella siasi dovuta costruire non sopra un sol fatto, ma sulla osservazione di più fatti. IV. Se la regola così costruita sia analogica. V. Se tale essendo, nè potendo essere uscita da un fatto individuo, e perciò dal criterio istintivo dell'uomo sia stata la legge che le ha data la vita. Nel secolo decimottavo il De-Simoni si fece il campione delle *prove privilegiate*, *Del furto, e sua pena* §. 26., avendolo confutato il Nani *De indiciis eorumque usu in cognoscendis criminibus*, e malamente pretese schermirsi *Delitti di mero affetto part.* 1. *cap.* 15. §. 10. Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib.* 5. *cap.* 13. §. 9., e Boemero *Elem. jur. crim. sect.* 1. *cap.* 11. §. 200. vogliono quanto è più grave l'obiettato delitto più forte la prova. Il Cavalier Cremani *De jur. crim. lib.* 3. *cap.* 32. §. 11. esige nella prova un valore assoluto senza aver riguardo al titolo del delitto. La controversia si è prolungata fino al giorno presente. Vedasi Hommel *Rapsod. observ.* 122. 577., Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1, *pag.* 2. La scienza và brancolando, e il criterio istintivo và franco a versare il sangue dell'uomo.

niente dicono, ed alle quali il solo ragionamento dell'uomo, spesso fallace, somministra un linguaggio.

Or non si saprebbe comprendere come potendo la legge modificare in parte la libertà dell'umano giudizio quanto alla credibilità della prova non possa farlo in tutto: e come essendo le leggi giudiciarie più *limitative*, che *direttive* dell'arbitrio dell'uomo giudice, debbano quanto alla stima della prova perdere il loro attributo, e lasciarla senza legge mentre tutto a una legge obbedisce in natura.

Si dirà che questa legge, da cui dee dipendere il valor della prova è nel criterio dell'uomo, e che non è dato al dritto di torla di là dove la natura l'ha collocata, lo che equivarrebbe a dire che la critica de' fatti è così inerente allo stato organico dell'individuo come gli è inerente la facoltà digestiva, onde la prova per la sua stima è al cervello dell'individuo come il cibo per la sua digestione al suo stomaco.

Se così fosse, la legge dopo aver regolato come la prova deve essere ammessa in giudizio: come vi debbe essere presentata, ed esaminata, giunta che fosse al criterio del giudice dovrebbe abbandonarla al suo intimo convincimento, come l'uomo che getta la pietra in una voragine senza poter sapere ov'ella cadrà. La coscienza del giudice per avere questa notizia sarebbe una debole guarentigia. La gravità, la probità, il giuramento d'un individuo sono ottime guarentigie della ve-

rità di quel che egli attesta come visto, o udito da lui ma non lo sono della rettitudine del suo giudizio sulla verità d'un fatto al quale non si è trovato presente (1).

Asserire che la stima della prova non appartiene alla legge, ed è tutta operazione del criterio dell' uomo che giudica è asserire che la legge è una vaga astrazione dello spirito umano: che ella non può per verun modo uscire dalle generalità sulle quali si costruisce, e che non è padrona di provvedere alla sua applicazione ai casi particolari che la reclamano: è notare uno spazio insormontabile un gran vuoto tra la legge, e i casi per i quali fu fatta, o supporre che ella ha una forza meramente ipotetica tale cioè da valere se una forza che ella non può regolare asserirà verificato in fatto il caso da lei contemplato.

In questa maniera di apprendere la forza, e l'attività della legge chi potrà dire se la ipotesi della sua applicazione sia vera o falsa; e se il fatto anzichè realmente esistere è o un sogno della mente del giudice, o una falsità che gli è piaciuto di spacciare come verità? Se le cose dovessero per tal modo considerarsi, le morali forze dell' uomo non sarebbero il mezzo pel quale la legge dal suo stato di regola generale scende ad essere regola particolare di tale, o tale altro caso. Le morali forze dell' uomo sarebbero le vere,

(1) Zeigler *Ad Grot. lib.* 2. *cap.* 20. §. 2.

e sole legislatrici: perocchè sarebbe in loro potere di far parlare, e far tacere la legge asserendo, o negando come meglio lor sembra la esistenza del soggetto della sua pratica applicazione.

L'ascendente delle abitudini spesso ci vieta di apprendere i pericoli, che ci circondano. L'uomo si fabbrica una dimora a piè del cratere del vulcano, che può da un momento all'altro o ingojarla, o travolgerla in un torrente di lava infuocata: solca tranquillo i mari mentre una sola tavola lo separa dall' abisso, in cui un colpo di vento può farlo sommergere. La fede de' nostri simili incaricati dell' amministrazione della giustizia penale ha a proprio favore la generalità delle giuste lor decisioni: ma se questa fede dovesse essere l'unica guarentigia degli accusati la loro sorte non sarebbe dissimile da quella di coloro, i quali vivono sulla cima del Vesuvio, o navigano un mar burrascoso.

O la legge può avere una esistenza sua propria, e debbe aver mezzi per giungere, legge pur sempre, ai più minuti ragguagli della sua pratica applicazione, o questi mezzi sono alla legge impossibili, ed ella non esiste, ed è un sogno, un delirio della mente degli uomini.

Se la legge debb' essere per tutti eguale non può esser diseguale la forza, e la regola della sua pratica applicazione, e diseguale sarebbe se la stima della prova fosse abbandonata al criterio istintivo dell' uomo, il quale da un individuo

all'altro varia secondo il variare delle abitudini, degli oggetti alla sua portata, colla tempra di volontà, come con quella d'ingegno. È questo il primo razionale concetto, il quale per se medesimo inoppugnabile apre la via al sistema del valor giuridico della prova. La legge non può creare questo valore come crea il dritto ma può regolarlo per certi casi, e tenerlo in determinati confini in certi altri. Niun può negare, che la legge debba far regnare la eguaglianza tra gli uomini (1), e solo può dubitarsi se abbia forze sufficienti per ottenerlo.

La umana ragione non ha potuto dal proprio fondo, e come dicesi *a priori* altro attingere se non che la idea astratta del giusto assoluto. La esperienza le ha somministrata la idea del male politico, e de'suoi varj gradi, la quale perciò ha dovuto tutta nascer da' fatti. La umana ragione può formarsi la idea del vero assoluto come l'ebbe del giusto, ma il solo esame de' fatti, e la sola esperienza hanno potuto istruirla di ciò che più vi si avvicina, e per la sua ricorrenza la più costante, e per la osservazione che non vi si è mai scoperto l'errore, o la falsità. I fatti di questo carattere hanno qualità determinabili dalla osservazione, e dalla esperienza come quelli che debbono essere dalla legge all'uomo vietati: le qualità de' primi son logiche: quelle de' secondi morali o politiche: ma qualità negli uni, e negli

(1) Cicer. *De Repub. lib. 1. cap. 32. jura certe paria esse debent eorum inter se qui sunt cives in eadem republica.*

altri, che la legge può astrarre sì dagli uni come dagli altri, e formarne fondamenti delle generali sue regole: la qual cosa dimostra come la regola critica della credibilità d'un fatto, vale a dire del valor della prova, può divenir regola di dritto come quella della sua moralità, e della sua ingiustizia possibile.

Perchè un fatto possa essere dalla legge dichiarato idoneo a fornire al giudice la misura della prova di quello che è controverso in giudizio conviene che esso sia tale da poter essere come fatto dalla lettera della legge determinabile, perocchè se il fatto ha questo carattere, e la lettera della legge lo ha indicato al giudice come titolo, e norma della misura della prova l'esito del giudizio dipende dal poter della legge, nè dipende più da quello dell'uomo, ed è trovato il mezzo di aver la legge eguale per tutti nella sua pratica applicazione come nella sua costituzione: come regola critica, e come regola morale o politica nel tempo stesso.

La stima della prova trovasi allora tra due forze, le quali possono essere in contrasto tra loro: l'autorità della legge, il criterio istintivo dell'uomo giudice: ma questa forza dee cedere a quella, non potendo l'uomo presumere che i dati d'analogìa, che gli ha somministrati la sua corta vita siano da paragonarsi a quelli che la legge ha raccolti dalla esperienza delle nazioni, e de' secoli. Vi sono allor due *certezze* sebbene non vi possa essere se non una *verità*: l'una dell'*uomo*,

l'altra della *legge*: l'una *morale*, l'altra *giuridica* (1): la prima oscillante, e variabile: la seconda ferma, costante come la giustizia che la creò. Di qui la origine della *prova legittima*.

Non sempre, anzi raramente si presenta nel giudizio penale come prova un fatto dalla legge preveduto, e dalla sua lettera determinato come prova di quello di cui è questione. Se si presentano fatti i quali per la loro incalcolabile varietà non possono avere qualità certe invariabili da servire di fondamento alla legge onde costruirvi regole generali della loro credibilità, la legge distingue quali la esperienza ha scoperti costantemente fallaci o perchè siano stati criterio di verità in tempo di ignoranza, e barbarie (2); o perchè l'abbiano avuto tutto dalla umana superstizione (3): o perchè un più purgato giudi-

(1) Thomas. *Diss. de fide juridica cap.* 2. §. 10. ammette la *giuridica* io contrapposto alla *storica*, o mentovandone una *intellettuale cap.* 1. §. 26. la promiscua colla *storica*. Il Nani *Animadv. ad Math. lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 6. *num.* 5. *not.* 1. ammette la differenza tra la *certezza morale dell'uomo*, e la *certezza morale della legge*.

(2) Alex. ab Alex. *Dies genial. lib.* 2. *cap.* 19. *pag.* 421. espone come gli antichi dalla conformazione del corpo arguivano le virtù, e i vizi dell'aoimo. Ved. il *lib.* 1. *cap.* 11. *pag.* 186. *not.* 1.

(3) Stampavasi nel *secolo* decimosesto che Mosè, ridotto in polvere il vitello d'oro, mescolata la polvere con acqua, e data a bere scuoprì chi tra gli Isdraeliti lo avesse adorato dall'essersi l'oro fermato sulla lor barba. Jeremie de Pours *Divine Melodie pag.* 829. Il Padre Mallebrancha credeva alla bacchetta colla quale alcuni al suo tempo si vantavano di rintracciare la strada smarrita, i confini da'campi, i furti, gli omicidj, gli adulterj. *Mercure Galant Janvier* 1695. Nell'Aprile 1697 Giacomo Aymar possessore della *verga mercuriale* fu chiamato a rintracciar co'suoi moti l'autore della esposizione d'un infante: cavò fuori la bacchetta, la quale prendendo una direzione, ed

zio non possa loro concedere il proprio suffragio (1). Così la legge facendo agisce come limite del criterio istintivo dell'uomo inclinato sempre a concedere una cieca, ed esagerata fiducia a tutto ciò che aggrava, e denigra il suo simile (2). Ma anco ove i fatti son tali, che criticamente considerati possono esser prova del fatto ignoto di cui si controverte in giudizio, la legge non avendoli potuti in lettera determinare se concede al giudice la facoltà di stimarla gli segna però un limite oltre al quale non può trascorrere, e gli vieta di dirsi convinto ancorchè egli col proprio criterio lo fosse. La quale seconda operazione della legge se non dà una norma al criterio del giudice gli segna però un limite, che egli non può trasgredire.

Non è da dir dunque, che la stima della prova non possa appartenere al diritto senza distinguere il processo penale, in cui le sole forze dell'uomo tutto operano, e tutto producono, e il processo penale in cui la sola legge ha a sè ri-

esso seguendola, incontrato uno a cavallo, e la bacchetta fermatasi, fu il cavaliere creduto autor del delitto. *Mercure historique, et politique Avril 1697. pag. 440.*

(1) Il Cav. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 9. §. 7. immagina alcuni indizj che egli chiama *armonici*, e proponendo un *contrappunto* di sua invenzione stabilisce che il valor degli *armonici* a quello degl' *inarmonici* sta come *due* a *tre*, e con progressione aritmetica come *nove* a *sedici* ec.

(2) Lo diceva a' suoi tempi il Boccaccio *Decam. giorn.* 3. *nov.* 6. « *e voi sapete che la gente è più acconcia a credere il male che il bene* ». nè credo che in certe cose il carattere morale del popolo sia da allora ad oggi gran fatto cambiato.

servato il potere di decidere della sorte del reo. Questo potere fu considerato nell'estremo, e decisivo punto della sua influenza sull'esito del giudizio penale, in cui la differenza de' due processi più visibilmente si manifesta. Perocchè nel processo accusatorio l'assoluzione del reo è tutta in potere del giudice, come è tutta nel di lui poter la condanna, sicchè la legge altro ufficio non vi esercita che quello di nominare la pena. Nel processo quesitorio l'assoluzione, e la condanna del reo nel caso di prova legittima è tutta, ed intera nella lettera non che nello spirito della legge. Il giudice niente ha fatto, e niente ha potuto fare colle private sue forze perchè l'una o l'altra formula esprime l'applicazione della legge al fatto per il quale la ricerca fu istituita. Nel caso di prova non legittima, perchè dalla legge in lettera non designabile, la legge è pur sempre non il giudice che decide della sorte del reo, della qual cosa l'esame non spetta alla stima giuridica, ma all'effetto giuridico della prova in quanto più specialmente appartiene al carattere per il quale i due processi si distinguono in modo inconciliabile tra di loro.

La stima giuridica della prova in quanto ella deriva dalla forza della legge non da quella dell'uomo dee necessariamente formare un sistema collegato in tutte le sue parti, e per entro al quale l'arbitrio del giudice non possa mischiar cosa che ordinata dalla legge non sia. Di qui prende origine, e titolo il processo penale co-

struito co' calcoli della *scienza*, e il carattere che lo distingue da quello, che tutto si fonda su i calcoli della *coscienza*. Se la prova è suscettibile d'una stima giuridica ella dee nascere, comparire in giudizio, e starvi come una regola che la legge ha prescritta. Se essere altrimenti potesse, la prova mista di quel che l'arbitrio dell'uomo vi ha messo, e di quel che vi ha voluto imprimere la legge rinnuoverebbe l'esempio di que'mostri, che la poesìa si è spesso compiaciuta dipingere (1).

Per queste ragioni è a questo processo necessaria l'*analisi*, e gli è mortale nemica la *sintesi:* potendo la prima ottenersi per procedimenti, che una scienza ha tracciati: non potendo la seconda manifestarsi se non nel ragionamento dell'uomo. Di qui nasce la regola, che tutto in questo processo dee esser supposto ignoto da chi lo conduce: perocchè se la prova non sorgesse da questo dato, e quasi da una serie di fatti i quali nel loro analitico ordine si sono l'uno dopo l'altro per così dir succeduti, ella non avrebbe il carattere, che la legge le presuppone nel fissarne la stima.

Il processo è *scientifico* perchè tutto diretto ad avere la stima scientifica della prova: lo è nell'analisi con cui è istituito: lo è per l'ajuto che chiede alle scienze, e alle arti, l'oracolo delle quali è necessario di consultare onde stabilire la

(1) *Un monstre à voix humaine: homme, femme, et lyon.* Ved. qui addietro a *pag.* 78. *not.* 1.

fisica certezza d'un fatto: lo è finalmente perchè il giudizio sulla prova è quale la scienza delle verisimiglianze, e delle probabilità potrebbe colle sue regole pronunziarlo (1).

Il passaggio della tortura dai testimonj agli accusati, e dai servi ai liberi determinò i Romani giureconsulti a fare il primo abbozzo, che per lor si potè della stima giuridica della prova. Avendo adottata la massima che concorrendo la prova legittima non era luogo ai tormenti, essi dovettero concepirne la prima idea, ed avendo stabilito, che nel solo concorso d'indizj veementi vi si poteva procedere, essi dovettero desumer l'indizio, ed il suo valore da ciò che la esperienza e le regole dell'analogìa ne pronunziano (2), e costruire poco a poco una giurisprudenza, che servisse di norma in tutta questa materia. Così la stima giuridica della prova fu il primo temperamento, che la giustizia potè opporre alle invasioni, delle quali il dispotismo la minacciava (3).

Il dritto canonico estese in seguito l'uso della stima giuridica della prova, e autor come fu dell'inquisitorio processo (4) non potè a meno di elevarla al grado di criterio regolatore di questa forma di giudizio penale (5).

(1) Ved. quel che è per dirsi in appresso *pag.* 127.

(2) Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 3. *num.* 6.

(3) Paul. Sentent. *lib.* 5. *tit.* 14. « *In criminibus eruendis quaestio quidem adhibetur sed non statim a tormentis incipiendum: ideoque prius* ARGUMENTIS *quaerendum est* ».

(4) Thomasius *Diss. de fid. jurid.* §. 62.

(5) Thom. *Diss. de fid. jurid.* §. 64.

È stato con ragione osservato come le regole della stima giuridica della prova hanno prodotta una farraginosa mole di volumi usciti tutti dalle penne de' pratici (1). Questa osservazione acquista forza maggiore se si rifletta che il criterio istintivo dell'uomo non ha scritto neppure un libro, ed è rimasto come Narciso al fonte, solo, contento, ed innamorato di se medesimo. Migliore espediente sarebbe stato l'esaminare colla storia de' giudicati alla mano, se ciò fosse stato possibile, quante vittime ha salvate, e quante ne ha immolate o la stima giuridica della prova, o l'intimo convincimento dell'uomo. Se si considera la naturale inclinazione dell'uno, e dell'altro mezzo, siccome la indole del primo deriva tutta dal dubbio, che la vera scienza vede sempre attorno a' suoi passi, e la indole del secondo dalla facilità sì connaturale all'uomo di tutto tener per certo, si avrà motivo di credere che la stima giuridica della prova abbia meno dell' intimo convincimento dell' uomo precipitati i propri giudizi sulla sorte degli accusati.

Uomini, i quali meditarono lungamente sulle forze dello spirito umano, e sul grado di certezza delle sue cognizioni, ebbero a dolersi, nel secolo

(1) Alle fatiche del Menochio, del Blaochio, del Crusio ec. successero le più ordinate del Leiser, del Boehmer, del Schneider. In un tempo nel quale lo spirito umano tenta ridurre tutto a teoria scientifica la materia delle presunzioni, e degl'indizj è stata dottrinalmente trattata dal Kleinschrod, dal Gensler, dal Weber, dal Konopack, dall'insigne Mittermaier ec. le opere de' quali sono indicate dal Globig *Censura rei judicialis etc.* *cap.* 9. §. 4.

della filosofia, dello stato d'infanzia, in cui tuttora si trova la scienza delle *probabilità* (1). Se il lamento è vero e fondato, sembra certo, che o il calcolo delle probabilità è una chimera (e se tale è tanto lo debb' essere per l'uno quanto per l'altro sistema, e il vantaggio in tal caso sarà dalla parte di quello che più dubita, e meno asserisce) o i dati di questo calcolo come essenzialmente pratici si ricusano ad essere ordinati in sistema scientifico.

La mente umana in mezzo a queste perplessità ondeggia per così dire tra due estremi diametralmente opposti tra loro. Alcuni si lusingarono, che il calcolo delle probabilità potesse esser ridotto all'esattezza di quello dell'algebra (2): opinione la quale ha contro di se autorevoli voti, nè vi fu chi avventurasse di sottoporla alla riprova della esperienza (3). Alcuni beffando le

(1) Se ne doleva Leibnitz nella sua lettera a Th. Burnel *Op. vol.* 1. *pag.* 85.

(2) L'infelico De Wit gran-pensionario di Olanda è considerato come il primo autore del tentativo dell'applicazione del calcolo alle probabilità. Pascal, Huygens, Fermat, Merè, Bernoulli, Condorcet, La-Place proseguirono il tentativo. De Gerando *De la gener. des connaissances humaines, Paris An. II. vol.* 2. *pag.* 109. Condorcet, e La-Place non vi son rammentati.

(3) Poppo, Hismann, Basedow, Frerel, e in specie D'Alembert seguitati dall'anonimo autore del *Saggio sopra i principj e i fondamenti della probabilità pag.* 3. La prima domanda che Federigo II. fece al D'Alembert nel loro incontro a Wesel nel 1763, fu « *Le matematiche forniscon mezzi per calcolare le probabilità politiche?* » *Sire*, rispose il D'Alembert, *non conosco mezzo di simil calcolo: ma se esistesse sarebbe inutile contro d'uno, cui la vittoria và dietro con tutte le probabilità.*

regole della fede giuridica sembrano deridere ogni tentativo scientifico per ridurre a calcolo la probabilità, ed encomiano il tatto sperimentale dell'uomo idiota (1). I pratici, certamente senza saperlo, e guidati dal solo bisogno della giustizia, hanno battuto una via di mezzo tra queste due opposte opinioni: nè tutti *dommatici* cogli algebristi, nè tutti *empirici* co'fautori dell'intimo convincimento. Essi rassomigliano a quell'architetto Ateniese il quale sentendosi più forte nel fare, e più debole nel ragionare del suo antagonista si espresse, che quanto l'uno parlava altrettanto egli avrebbe fatto. I pratici guidati dalla forza de'fatti hanno sentito che il calcolo delle probabilità si compone tutto di dati sperimentali, e che quanto questi dati più si moltiplicano, e più si registrano più possono servir di materiali per formare un corpo di scienza: la quale opinione è una specie di media proporzionale tra le due estreme segnalate qui sopra.

I volumi scritti sulla stima giuridica della prova non hanno avuto fin qui giudice competente. I culti interpetri del dritto romano: i filosofi: i belli spiriti ne hanno giudicato sfavorevolmente perchè coll'uso forense non ne hanno po-

(1) Fenelon *Oeuvres philosoph. v.* 2. *pag.* 131., e *De l'existence de Dieu pag.* 9. 10. 13. colloca nel *senso comune* le idee chiare, e il criterio d'ogni giudizio. Il primo carattere della verità, secondo Fenelon, è d'essere generale, e popolare. Ma questo sistema di filosofia non ha niente che fare col *senso comune* di cui fu parlato nel *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 117.

tuto conoscere gl' inconvenienti, e i vantaggi. I forensi non hanno avuto nè mezzi, nè tempo per rispondere ai loro contraddittori, e se gli avessero avuti il loro giudizio a favore delle cose loro sarebbe stato rigettato come dettato dal loro interesse e dalle loro abitudini.

Ma la stima giuridica della prova si contenta di poter esser tale al tribunale della umana ragione. Comparendo al tribunale della politica questa maniera di acquistare, apprezzare, e decider la prova nel giudizio penale non solo ha a proprio favore il suffragio del dritto civile, col quale spesso viene a confronto (1), ma ha il titolo della necessità, e della giustizia: il titolo della necessità perchè è la guarentigia della sicurezza individuale in un processo inseparabile da una certa e determinata forma di dritto pubblico della città: il titolo della giustizia perchè in mezzo alle incertezze, che circondano le cognizioni umane nel calcolo delle probabilità, ella è uno de' tentativi scientifici, che se non ha dritto di escludere ogni altro, non merita neppure di essere escluso.

La stima giuridica della prova vuole esser considerata in altro punto di vista. L'ingegno umano è spesso un vascello troppo leggiero, e veliero troppo. Quando pur la scienza nell' apprezzare la prova potesse considerarsi come un peso, o un impaccio allo spirito di chi dee giudicarne,

(1) Ved. qui addietro *pag*. 112.

la lentezza alla quale ella l'obbligherebbe non sarebbe un dato sfavorevole alla giustizia. Potendo avere una storia esatta e diffusa de' giudicati, si avrebbe la giusta misura de'relativi vantaggi della fretta, e della lentezza nel proferirli.

Il criterio istintivo dell'uomo ammassa tutte in un fascio le prove, che l'accusatore ed il reo adducono nel giudizio penale. La luce uniforme di questo criterio le riduce tutte a un colore perchè il colore è dato agli oggetti da lui, e dagli oggetti non parte. La stima giuridica della prova procede altrimenti. Ogni specie di prova presenta un separato, e distinto soggetto di esame: perchè ogni oggetto deve esser posto nel suo vero punto di luce, e liberato quasi da tutti quelli che avvicinandovisi potessero spargere ombre avventizie sopra di lui. Lo che essendo così, ragion vuole, che ogni mezzo di prova nella separata e distinta sua specie venga considerato come suscettibile, o non suscettibile di giuridica stima.

CAPITOLO VIII.

Continuazione. Della prova per mezzo della confessione del reo.

Se il processo penale si consideri come una lite tra l'attore ed il reo convenuto, la confessione di questi si presenta in un aspetto. Se venga considerato come metodo indagatore d'una non ancor nota verità di fatto la confessione del reo si presenta in un aspetto interamente diverso.

Se il processo è una lite tra l'accusatore che asserisce, e il reo che nega, concordando questi colla confessione quel che asserisce quegli, la lite è finita: onde nel processo accusatorio la confessione o espressa, o tacita del reo non si conta nel numero delle prove, ed esonera l'accusatore da darne (1).

Questo sistema appaga l'umano ingegno avido del vero assoluto. Imperocchè chi saprà meglio la verità d'un fatto di colui, che se ne dichiara l'autore? Ma quest'avidità del vero assoluto, encomiabile in se medesima, per una di quelle

(1) Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 7. *num.* 3., e sul non essere la confessione del reo una prova *loc. cit tit.* 15. *cap.* 7. *num.* 2. Celebre è a questo proposito la disputa tra l'Hubero, e il Wessembacio suo precettore, di cui dà un cenno Joubert *Dissert. de Evidentia etc. cap.* 2.

contradizioni, che frequentemente nella natura umana s' incontrano è spesso divenuta causa di errori fatali. A quest'avidità si dee l'abuso della delazione del giuramento al reo: nè al giuramento si può fare il rimprovero, che alla tortura fu fatto perchè esso và in traccia della verità non della confessione del delitto (1). Questa medesima avidità del vero assoluto ha indotto alcuni a pensare, che nella natura morale dell' uomo esista quasi un innata passione pel vero, la quale lo spinga a manifestarlo se la sua mente ne sia consapevole (2): opinione favorevole alla umana natura, confacente alla sua dignità, divota alla religione, ed alla morale le quali prescrivono la esatta conformità delle parole al pensiero, ma fatalmente smentita dalla esperienza, la quale mostra, che l'uomo quanto è meno educato più antepone il criterio del proprio interesse a quello del vero (3).

Se la confessione del reo si consideri come

(1) All'occasione in coi fu discussa io Fraocia la ordioanza criminale del 1670 fu discuiso ancora se ai dovesse deferire il giuramento al reo. Il Presidente Lamoignoo opinò per la oegativa. I sigg. Pussort, e Talon per l'affermativa osservarooo, 1. che il reo doveva dire la verità, 2. che oon può provvedere alla propria salvezza meoteodo perchè non si può fare uo male onde oe venga un beoe, 3. che altrimenti sarebbe adottar la opiniooe de' casisti i qoali credono lecita la menzogna per salvarsi dalla pena. *Elem. de la proced. crim. vol.* 1. *pag.* 288.

(2) Cremani *De jur. crim. lib.* 3 *cap.* 27. §. 12. Si aggiunge a questo la voce della coscienza, che anco negli empj è poderosissima, e molti esempj ne furono citati *lib.* 2. *cap.* 4. *pag.* 55. *not.* 1.

(3) Cic. *Topic. cap.* 20. osserva come i ragazzi, i dormienti, gli ubriachi, i pazzi sooo inclinati a manifestare la verità: certamente perchè cessa in essi ogoi ioteresse a nasconderla.

autorità umana, a cui la certezza morale, ed istorica tutta si appoggia (1), gravi difficoltà si presentano per ammetterne piena e indefinita la fede. Gli antichi osservarono, sembrare una specie di alienazione di mente la dichiarazione che alcuno fa contro se medesimo, esponendosi alla certa subizione d'un male (2). Per ispiegare altrimenti questo morale fenomeno converrebbe ricorrere a immaginare nell'uomo, il quale confessa il proprio delitto, la eroica risoluzione di farsi martire della verità, cosa, che il delitto da lui commesso smentisce: onde quanto più questo morale fenomeno si esamina più in esso le contradizioni si manifestano.

Queste contradizioni non valutate dall'uomo idiota, il quale è di sua natura inclinato ad abbreviare le vie, che conducono alla scoperta del vero, e quindi a precipitare i proprj giudizi, sono seriamente apprezzate dall'osservatore de'fenomeni della morale natura dell'uomo: onde la scienza delle probabilità, divenuta stima giuridica della prova, ha ammessa bensì la piena credibilità della confessione del reo, ma l'ha richiesta coll'appoggio di tutti i dati critici, che la dimostrino quasi fuori di se medesima vera: lo che il foro ha espresso colla formula di *legittima* (3).

(1) Zeigler *Ad Grot. de jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 1.

(2) Quintil. *Declam.* 313. Vero è, che nel caso preso di mira dal Retore trattavasi di confessione di parricidio emessa da un alienato di mente.

(3) Il Cavalier Cremani *De jur. crimin. lib.* 3. *cap.* 27. espone con

L'andamento analitico del processo è il primo dato critico della credibilità di questo mezzo di prova. Il chimico se vuol conoscere la segreta natura d'un corpo non può colla propria ricerca penetrarvi dentro a suo grado, ma è costretto a farlo per mezzo d'analisi: non supponendo con una ipotesi, che la sua fantasìa abbia già formata, noto ciò che gli è ignoto: muovendo dall'esame della esteriore configurazione del corpo che vuol conoscere: dividendone per quanto può le parti tutte onde separare le eterogenee che forse sono in esso frammiste, e procedendo poi a una nuova decomposizione delle parti che restano onde apprezzare gli elementi che le compongono. Nella ricerca morale della verità d'una proposizione, e d'un fatto, in quanto può scoprirsi interrogando un uomo, le prevenzioni, gl'interessi, la leggerezza dell'animo di chi interroga, la superiorità,

accuratezza somma i requisiti della confessione *legittima* o pienamente provante. Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 10. ha fatto di questo mezzo di prova un soggetto prima *retorico*, quindi *storico* connettendolo con la tortura. La parte retorica incomincia dalle naturali presunzioni, che ha contro di se la credibilità della confessione, senza apprezzare che ella è pur tra i mezzi di prova: senza distinguere il processo accusatorio, ed il quesitorio: dissimulando gli effetti del primo. La parte istorica incomincia da Augusto, e finisce col medio evo. Nè retoricamente, nè storicamente il sig. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires liv.* 6. *chap.* 12. *pag.* 255., ma giuridicamente esaminando le cose ravvisa la teorìa della prova per la confessione de' rei essenzialmente connessa colla tortura. Egli prende di mira il reo *negativo:* ma se si tratta di reo *confesso* qual caso vorrà fare della confessione? Certamente dargli effetto o di prova piena, o di mezzo che esclude la necessità della prova. Il Filangieri è più coerente cominciando da disprezzare la confessione.

qualunque sia il titolo, che egli pensi di avere sulla persona da interrogarsi, la impazienza di una più lunga ricerca, le passioni che per ogni dove o violentemente, o accortamente per tutto s'insinuano tendono a far precipitare la interrogazione, e consigliano espedienti diretti ad aver la risposta o più sollecita, o più confacente alle proprie mire. La confessione può essere *suggerita* al reo da chi condusse la interrogazione in varia maniera. L'interrogante può averla sollecitata o con promesse, o con minacce, o con supporre provato ciò che non è: può averla carpita con un modo d'interrogazione che con palliata, ed accorta maniera, e sinteticamente esprimendosi tenda a ottenere una affermativa risposta. Questo più frequente ed abusivo modo d'interrogazione si verifica sempre quando chi la propone per più presto giungere al proprio scopo interroga il reo sul fatto principale ignoto prima di averlo interrogato su i fatti accessorj, i quali soltanto son noti. In tutti questi casi la risposta del reo confitente non è legittima e però non credibile (1).

Il dritto romano in tempo del suo processo

(1) Dispularono i dolti, fra i quali Quislorp, Danz, Kleinschrod, Millermaier quando e per qual maniera la interrogazione suggestiva viziasse la confessione, nè le opinioni furono su questo proposito concordi tra loro. Mittermaier *Diss. de nullitatibus in caussis crim. Heidelbergae* 1809. §. 19. Preu *Diss. sistens nonnulla capita de suggestionibus in proc. crim. obven. Altorf* 1804. §. 7. 8. La legge a mio credere dovrebbe essere inesorabile. Nuoce meno alla opinione della sicurezza un delitto impunito che una giudiciale soperchieria.

misto, e conservando i modi, e le forme dell'accusatorio nella interrogazione del reo, sebbene in tutto il resto le avesse o abbandonate, o distrutte, non ebbe scrupolo di ammettere in quella interrogazione la suggestione, e si contentò di bandirla dalla interrogazione del testimone (1): non ponderando, come il dritto canonico poi ponderò, che il modo d'interrogarsi tra l'*attore*, ed il *reo* può esser quale è dall'uno, o dall'altro proposto, ma che collocato il reo dinanzi alla forza, che ha l'autorità di opprimerlo colla pena, cessando le relazioni d'attore, e di reo, debbono necessariamente subentrare quelle di giudice, e di testimone, nè altrimenti che come testimone il reo può essere interrogato (2).

(1) Il modo della interrogazione ebbe una regola per esser divenuta la *tortura* un mezzo legittimo di rintracciare la verità. Sebbene fosse venuto a cessare il processo accusatorio nella sua purità primitiva si ammesse che la confessione costituiva il reo convinto. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 16. *cap.* 1. *num.* 1. Questo medesimo autore indica le differenze del modo d'interrogare il reo, e il testimone *loc. cit. cap.* 4. *num.* 10., e desume il tenore della interrogazione al reo da un passo di Plauto nel *Truculento*. Il teatro può dipingere i tristi usi d'un popolo ma non può essere una buona autorità per bene amministrar la giustizia. Il Poggi *Elem, jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 2. §. 62. *not.* 107. comparte elogj non meritati alla *L.* 1. §. *qui quaest. dig. de quaestionibus*, e quanto alla nullità per il capo della suggestione non rettamente la interpetra Mittermaier *Diss. laud.* §. 19 *not. a.*

(2) Nel processo accusatorio la egnaglianza perfetta tra l'accusatore, ed il reo, e la indole della lite, che è tutta tra loro, sono circostanze, le quali rendono inutile l'assoggettare la interrogazione alle forme analitiche necessarie ad indagare la verità. Appena il processo cambia, e vi è ammesso o l'*uffizio del giudice*, o l'*accusa d'uffizio*, come nei processi *misti*, il reo se si vuol trattar come *mezzo* per scuoprire la verità, non può avare altra guarentigia, che la interrogazione la più logicamente adattata per giungervi.

La parola *confessione* indica l'atto con cui alcuno fa quasi fede a se stesso del fatto proprio (1). Le idee del foro penitenziario hanno abituate le menti a considerarla come una specie di sommissione, che l'infrattor della legge fa a chi ne ha in mano la forza: onde non è da meravigliare, che la inquisizione ecclesiastica allorchè esercitavasi coll'ajuto della forza pubblica aspirasse di sua natura a questo atto, e che in tempi, ne' quali non era sì facilmente intesa la differenza tra il principio religioso, e il principio politico, la confessione del reo nel processo inquisitorio fosse lo scopo delle pretensioni non che de' voti di chi lo guidava (2). I piccoli animi s'infatuano di piccole cose (3). Un giudice s'inebria spesso della sua carica: si abitua a considerarsi una forza partecipe de' dritti sovrani, e presiedendo al processo considera il reo negativo come una specie di ribelle, che resiste a' suoi ordini. Ma che fa costui sostituendo il fumo alla luce, e la prepotenza alla paziente ricerca del

(1) Varr. *De lingua latin. lib.* 5. *c.* 7.

(2) Il sig. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol.* 3. *pag.* 295. oltre al tener per fermo che il processo inquisitorio ad altro non mira se non alla confessione del reo, su di che sarà necessario più a lungo discorrere parlando del *segreto*, coll'animo preoccupato del processo accusatorio sostiene che l'interrogatorio del reo non può avere altro oggetto che quello di contestargli le prove, che stanno contro di lui non altrimenti che nel giudizio civile. Il salto è lesto, ma il varco non è sì facile. Bentham *Traité des preuves judiciaires vol.* 1. *pag.* 352. *e seg.* ha mostrato, che l'interrogatorio del reo, che i nostri pratici chiamano *esame obiettivo*, è un mezzo critico per iscoprire la verità.

(3) *Parva leves capiunt animos.*

vero? Svela la sua debolezza, e non rende più forte la prova, che dovea avere il suo suggello nella confessione dell'imputato (1).

La confessione del reo debb' essere criticamente considerata come testimonianza del proprio fatto (2), la quale è assai più credibile di quella di chi depone del fatto altrui. Se il testimone del fatto altrui ha la sua causa di scienza nella vista, o nell' udito, il testimone del fatto proprio l' ha quasi in tutto se stesso, in ciò che moralmente, e fisicamente egli è, nelle proprie idee, nelle proprie sensazioni, e negli oggetti esterni, dai quali emanarono.

La confessione che agli effetti religiosi, ai morali, e ai civili è una cosa, è un oggetto d' indole affatto diversa quando si considera come mezzo di prova nel giudizio penale. Ella allora presenta un problema ideologico, che la sola ricerca scientifica può sciogliere. Questo problema è stato da lungo tempo sentito, ed appreso in tutta la sua difficoltà, e a questo sentimento, a quest'apprensione debbono attribuirsi le dispute, che si elevarono sulla maggiore o minore credibilità della confessione del reo (3).

(1) Vedasi quanto sull' esame de' rei osserva il Paoletti *Istruzioni ec.* §. 10.

(2) Non in causa propria come contro tutti i principj pretende Globig. *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *pag.* 167.

(3) Impugnarono la piena credibilità della confessione Domat *Les loix civil. liv.* 3. *sect.* 5. §. 1., Risi *De probat. ad capit. judicia necess. num.* 2. 3., De-Simoni *Del furto, e sua pena* §. 29., Nani *De indiciis cap.* 5. Ultimamente Globig *Censura rei judicialis part.* 2. *pag.* 103.

Il reo confessando il proprio delitto fa fede dello stato delle sue idee relativamente ad un fatto, del quale la esistenza non è conosciuta. Sono state con minutezza indicate le cause, per le quali un reo può falsamente emettere una testimonianza contro se stesso (1). Onde assicurarsi, che egli non confessa per alcuna di quelle cause, convien rintracciar quelle, che esistendo ne' fatti, sulla prova de' quali non può nascere verun dubbio, divengono altrettanti punti di realtà ai quali la confessione si riferisce. Quanto questi punti di fatto saranno maggiori di numero: quanto più stretta sarà la lor connessione critica col fatto delittuoso dal reo confessato: quanto meno questi punti di fatto appariranno, poter essere pervenuti a notizia del reo per altro mezzo, che per la testimonianza de' propri sensi tanto più sarà escluso, che egli confessi per una causa, la quale invece d'essere nel suo spirito come pittura di ciò che è, è nel suo cuore come stimolo ad alterare la verità; e perciò tanto più la sua confessione sarà credibile.

Sorgono da queste dialettiche considerazioni due conseguenze: la prima che trattandosi di delitto di fatto *transeunte*, il quale non abbia lasciate fisiche tracce dietro di sè la confessione del reo perde della propria credibilità almenochè i fatti accessorj che ella indica come criti-

propone infliggersi al reo confesso una pena bensì, ma non irreparabile.

(1) Bentham *Traité des preuves judiciaires vol.* 1. *pag.* 356.

camente referibili al fatto principale di cui è questione molti non siano, e tutti concludentemente nelle loro separate, e distinte specie provati: la seconda che trattandosi di delitti di fatto *permanente*, i quali ammettono per la loro verificazione la certezza fisica, il materiale del delitto sia co' metodi di questa certezza luminosamente e fuor d'ogni dubbio provato: perocchè se la confessione del reo al pari d'ogni altra testimonianza può far fede dell' azione dell' uomo sopra d'un corpo è necessario che il corpo esista, e conservi di quell' azione le tracce.

Di qui apparisce la differenza de'due processi nel favore, o nel disfavore con cui o l'uno, o l'altro considera la minuta, circostanziata, ed esatta verificazione del materiale del delitto. Il processo accusatorio valutando la confessione del reo come rinunzia alla prova non ha motivo di apprezzare nel materiale del delitto i mezzi critici della sua verificazione (1).

E di qui nasce il disprezzo di questo processo per tutte le diligenze, che il foro ha prescritte nella verificazione del *materiale* fino a pretendere, che queste diligenze escludano il possibile d'una causa, la quale abbia per così dire anticipato sulla intenzione malvagia, ed abbia prima

(1) Il dritto romano esigeva la prova della uccisione in genere agli effetti della tortura. Dig. *Lib.* 29. *tit.* 5. *l.* 1. §. 24. *l.* 5. §. 2., Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 1. *num.* 2. L'esempio citato da Valerio Massimo, e riferito da Ant. Matheo mostra, che la confessione del reo escludeva il bisogno della prova del delitto in genere.

di lei prodotto il danno che a lei si rimprovera (1). E di qui nasce per ragion de' contrarj lo scrupolo, col quale il processo inquisitorio indaga, scruta, ed apprezza ogni circostanza la quale possa spargere un dubbio qualunque sul materiale del delitto: imperocchè se la confessione del reo non avesse in quel materiale, reso fisicamente certo, il suo fermo, ed inconcusso punto d'appoggio non meriterebbe d'esser credibile. Le quali cose se dialetticamente vere non fossero potrebbero essere nauseate, e derise: essendolo, lo spregiarle non può avere altro motivo, che il non conoscerle (2).

Se si concepisce un processo rigorosamente analitico nella verificazione del materiale della offesa: in quella di tutti i materiali mezzi, che fisicamente erano necessarj a produrlo: in quella de' mezzi, e de' fini morali, che il solo reo aveva di offendere: nelle interrogazioni, che al reo

(1) Vermigl. *Cons.* 13. *num.* 3., Bonfin. *Ad Bannim. cap.* 65. *app. un. num.* 9. Il Boehmero *Observ. ad Carpzov. quaest.* 26. *obs.* 3. già citato nel *lib.* 1. *cap.* 16. *pag.* 307. *not.* 1. dimostra doversi al diritto canonico la necessità della scrupolosa verificazione del materiale del delitto.

(2) « . . . . *Et quae*
« *Desperat tractata nitescere posse relinquit.*
Hor.

Il sig. Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol.* 4. *pag.* 288. deride le sofisticherie forensi dirette ad escludere colla sezione del cadavere nell'omicidio una causa naturale della morte. Nè è gran tempo, che in un paese ove si giudica co' giurati fu pronunziata una condanna di veneficio contro la opinione di medici-legali insigni sulla non esistenza delle tracce del veleno ne' cadaveri de' pretesi avvelenati.

doveano farsi per aver la logica connessione dei fatti verificati col fatto che egli confessa, l'articolata, giudiciale, circostanziata, e spontanea testimonianza che egli emette contro se stesso apparirà in supremo grado credibile: tale che, a meno d'una mente alienata, ogni altra dovrà concederle l'assenso proprio. In questo sistema la confessione del reo (si usi indulgenza al paragone in grazia della chiarezza maggiore) è alle prove risultanti dagli atti quasi un pezzo il quale per le sue geometriche qualità compie come culmine una figura piramidale che ne mancava. Se la piramide non è tale nella sua base: se composta di corpi gli uni separati dagli altri lascia qualche vuoto, o intervallo: se mancando soltanto di culmine la confessione del reo non ve lo colloca con esattezza geometrica, ella sarà una maggiore, o minore probabilità, ma prova piena e legittima non può essere.

Data in fatti la fisica certezza della materiale infrazione della legge a cui si riferisce la confessione: data la morale impossibilità, che il confitente abbia potuto per altro mezzo che per il proprio fatto conoscere tutte le circostanze di luogo, di tempo, e di modo, che nel loro complesso costituiscono il fatto principale da lui confessato, non vi ha dialettica comunque scettica ed ardita possa essere, la quale non debba ammettere, che il fatto confessato ha tutti i numeri della certezza morale. Gli ha realmente perchè la base materiale del fatto è di per se fisicamente

certa, e perchè in tutto ciò che il fatto ha per se stesso di morale, ed istorico avvi una testimonianza, la quale, comecchè moralmente impossibile sia che chi la emette ciò faccia per altro mezzo che per la realtà delle cose, delle quali egli stesso è l'autore, è del pari moralmente impossibile, che la testimonianza mentisca. Anzi ben ponderando i caratteri logici della evidenza morale è forza concludere, che in questo caso tutti unanimemente concorrono (1).

Queste critiche osservazioni sulla credibilità della confessione del reo soffrono un' eccezione allorchè in chi la emette si verifica alcuna delle molte cause, le quali fu altrove osservato fornir motivo di scusa o come specie d'imbecillità d'intelletto (2), o come specie di qualche grado minore di libertà nell'agire (3): perocchè allora al criterio della realtà succede visibilmente quello, che a ciascuna di quelle cause può essere fortuitamente inerente.

I facitori di romanzi in legislazione (quasi legislazione vi potesse essere la quale a giurispru-

(1) Il caso della credibilità della confessione propria, che niuno ideologo ha esaminato ch'io sappia, Joubert *Spec. jur. inaug. de evidentia etc. cap.* 2., e che il solo inquisitorio processo avrebbe dovuto fornire è per se medesimo specialissimo. Potrebbe a dovere provarsi, che la credibilità di questo mezzo di prova non si appoggia nè all'*analogia*, nè all'*umana autorità*, e che preseola quella che Condillac chiama *evidenza di sentimento* da lui riferita alle chiare, e distinte percezioni che l'uomo ha di ciò che prova in se stesso. Suave *Op. vol* 2. *pag.* 66.

(2) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 9. *pag.* 157. *cap.* 10. *pag.* 196.

(3) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 11. *pag.* 233. *e seg.*

denza non dovesse in ultimo esser ridotta) si compiacciono di generalità: si spingono quanto più possono in alto, e da quell'altezza, come chi salisse al cielo dovrebbe considerar la terra quasi spregevole atomo di fango, si dichiarano, e si protestano non volere, nè potere abbassare lo sguardo ai ragguagli umili della pratica (1).

L'amico della umanità, e della giustizia procede altrimenti. Esamina e pondera gli oggetti ai quali dee essere applicata la legge, nè volge loro le spalle; e se un oggetto è tale, che una sola disposizione della legge non lo possa fissare sente la insufficienza della *generalità* su cui una legge si appoggia, e ne cerca un altra, che serva di base a una legge novella purchè amendue si riuniscano nel grande generale principio della giustizia, come la mente umana astrattamente lo può concepire (2).

Il processo accusatorio, ed il quesitorio possono aver dal reo una confessione non semplice, ma *qualificata* come il foro la chiama, tale cioè, che ammettendo il *fatto* soggiunga essere stato commesso con *dritto*, o in mezzo di circostanze, che ne hanno potuto diminuire la imputazione (3).

La delazione del giuramento al reo debbe avere

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 130. *not.* 1.

(2) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 8. *pag.* 118.

(3) Ant. Malh. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 1. *num.* 20. L'insigne interpetre discute la questione in faccia alla tortura, e mentova la causa di Milone, il quale non poteva temere d'esservi sottoposto.

avuta una grande influenza critica nel decidere se la confessione così emessa o debbasi nella sua giacitura ricevere, o si possa dividere rifondendo nel confitente il peso di provare la *qualità*, che o rende legittimo il fatto, o in parte lo scusa. Nel giudizio civile, essendo di sua natura individuo il giuramento, colla religione del quale il reo interrogato dall'attore risponde, ed accompagnando tutta la proposizione, colla quale egli confessa, la buona critica può ammettere la indivisibilità della confessione (1). Nel giudizio penale la ragione della individuità del giuramento qualunque pur siasi non è d'ajuto alla critica. La storia non cita esempj di accusatorio processo in cui questo caso sia stato discusso. La causa di Milone presentava l'esempio d'una confessione qualificata, ma ella era una vera temerità, stando contro dell'accusato irrefragabili prove della uccisione dolosa (2). Ma la causa di Milone non si sarebbe potuta nel processo accusatorio allegare ad esempio, essendo stato in potere de' giudici non legati da alcuna regola di diritto di decidere in altro caso il contrario. È però cosa assai singolare, che lo scrittore, il

(1) Ciryac. *Controv. forens.* 23. *num.* 23. 24., Michalor. *De positionib. cap.* 59. *num.* 13.

(2) Fra le altre prove del dolo oltre quella che nasceva dall'aver Milone comandato di rifinire il suo nemico, che erasi rifugiato in una taberna, eravi la manumissione che Egli avea fatta di tutti i suoi servi onde torturati non lo convincessero del delitto. M. T. Cicer. *Op. omnia Aug. Taur. ex typis Josephi Pomba or. pro Mil. ex recens. Amedei Peyron vol.* 7. *pag.* 256. 262.

quale allega questo classico esempio a sostegno della regola adottata da lui della divisibilità della confessione si appoggia poi ad una regola di dritto destinata dalle leggi posteriori a servir di norma alla prova (1).

Sarebbe al sommo difficile, che il criterio istintivo dell'uomo potesse colle sole sue forze decidere questo intrigato problema. Fra i giuristi alcuni pensarono, che se il delitto materiale non ha altra prova che la confessione, o se le prove, che investono l'accusato non hanno altro appoggio che la sua confessione ella non possa dividersi e debba essere accettata nella sua litteral giacitura (2). La prima opinione sebben giusta non avea bisogno di comparire a dare il suo voto in questa controversia. Una confessione nuda senza l'appoggio critico della prova del materiale del confessato delitto non nuoce al reo che la emette, onde è inutile l'indagare se in questo caso essendo qualificata si possa dividere. La seconda opinione dichiarando non divisibile la confessione quando, esistendo la prova del materiale non ne esista alcuna del-

(1) La regola è che le cose di loro natura turpi si presumono fatte con dolo. Cod. *Lib* 9. *tit.* 16. *l.* 1. *tit.* 55. *l.* 5. Ma cosa ha in se stesso di turpe un cadavere ancorchè visibilmente ridotto tale da un ferro, che esso abbia immerso nel petto? La presunzione si è dunque dovuta attingere dall'esperienza e costruirsi coll'argomento analogico perchè nella maggior parte de' casi un cadavere con segni di morte preternaturale è quello d'un uomo ucciso da un altro con dolo di proposito.

(2) È per la prima opinione il Presidente Fabr. *In cod. def.* 6. *tit.* 10. *lib.* 9., per la seconda i citati dal diligente autore degli *Elements de la proced. crimin. vol.* 2 *pag* 452. *in not.*

l'esserne il confitente l'autore, decide la disputa co'veri principj. Se il materiale d'un offesa tanto è valutabile quanto eccita o la commozione negli animi de'buoni, o il pravo esempio in quello de'tristi (1), non essendovi altra prova della causa morale del fatto che la confessione del reo, ella è in questo caso come l'asta d'Achille la quale feriva e sanava nel tempo medesimo (2): svela l'autor del delitto e lo dipinge nel tempo stesso più sventurato che reprensibile.

La confessione del reo diviene inutile quando il fatto è per altro mezzo pienamente provato. Ma in questo caso la negativa del reo non può avere altro dritto, che quello che avrebbe avuto la sua confessione. Se la confessione generica indefinita non gli avrebbe potuto nuocere, la negativa generica indefinita non può giovargli. Se l'onere della prova è in chi asserisce, e non in chi nega (3): se sottili questioni sono state suscitate nel giudizio civile onde stabilire quando la negativa possa, o non possa provarsi (4) è nella indole del giudizio penale, che il reo, contro il quale stà una prova, affermi, negando il delit-

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 5. *pag.* 86.

(2) « *Vulnus Achillaeo quae quondam fecerat hostis*
« *Vulneris auxilium Pelias hasta fuit*.
Ov. *Rem. am. lib.* 1. *v.* 47.

(3) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 3. *l.* 2., Cod. *Lib.* 4. *tit.* 19. *l.* 22.

(4) Henr. Cocc. *Disp. de directa prob. negat. cap.* 1. §. 6. 7., Samuel Cocc. *Jur. controv. lib.* 22. *tit.* 3. *quaest* 6., Boehmer. *Jus. eccles. prot. lib.* 2. *tit* 19. §. 9., Vinn. *Select. quaest. lib.* 2. *cap.* 11.

to, un fatto, che la distrugga, e dal suo lato provi la propria innocenza (1).

Se due fatti l'uno distruttivo dell'altro: amendue incompatibili insieme si presentano all'esame, e alla decisione del giudice, sembra che il suo criterio debba quasi avere una tempra più robusta, e più forte di quella che è necessaria a decider d'un solo fatto più o meno ambiguo che esser possa, la quale più forte tempra non può a lui derivare se non o dalla propria esperienza nel giudizio di altri simili casi, o dalle regole di analogìa, che ad esso abbia tracciate la legge (2).

Le cose discorse fin qui sulla confessione dei rei dimostrano, che questo atto nel processo accusatorio non appartiene alle prove: che nel processo quesitorio tutto è preordinato a indagare qual grado di credibilità quell'atto si meriti come umana testimonianza. Questa sola osservazione è sufficiente a convincere quale intervallo separi i due processi. Se il primo, permettendo così all'accusato il suicidio, o il secondo usando ogni diligenza per impedirlo, meglio serva la causa della umanità, e della giustizia non è ufficio nostro il deciderne. La differenza de' due processi in questo critico, e decisivo lor punto doveva esser notata perchè da essa principalmente derivano pressochè tutte quelle

(1) Di qui l'assioma « *Actor probat crimen: reus innocentiam* » di cui Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 8., e Nani *In suis animadv.*

(2) Math. *loc. supr. cit. num.* 2.-3.

che l'un processo, e l'altro distinguono in tutte le loro parti, e nella direzione che amendue debbono inevitabilmente prendere alla decisione della prova.

Nè meno è dimostrato, che relativamente alla confessione de'rei, o si prenda questo atto come renunzia alla lite, o si prenda come umana testimonianza, i due processi possono giungere nella confessione qualificata ad un punto nel quale la stima della prova senza la cognizione del dritto, e delle sue regole non potrebbe sodisfare al voto della giustizia.

CAPITOLO IX.

Continuazione. Della prova per mezzo di testimonj.

La storia è una serie di testimonianze che un secolo trasmette a quello che gli succede dei fatti ai quali si è come trovato presente. Eppure la credibilità della storia ha avuti due giudizj l'uno in opposizione dell'altro. Chi l'ha dichiarata una favola convenuta (1), e chi l'ha proclamata un mezzo di *fisica* certezza di avvenimenti morali (2): giudizj amendue falsi perchè esagerati.

La parola testimone nella sua latina origine indica un uomo il quale stette innanzi ad un fatto appreso come tale o per la vista o per l'udito da lui (3) e, divenutone quasi specchio, conserva per altri la superstite imagine d'un oggetto, il quale disparve (4). Questa superstite imagine tutta nel pensiero del testimone deve

(1) Detto attribuito al Fontenelle. Chamfort *Oeuvres vol.* 1. *pag.* 116. È noto il detto d'Orazio

« . . . . *Et quidquid Graecia mendax*
« *Audet in historia*.

(2) Petr. Hurtad. De Mendoza *Disp.* 8. *sect.* 3. *num.* 24.

(3) *Antestes* da *Antesto*, o *Antisto*: stare innanzi.

(4) Le leggi delle XII tavole dissero *superstites*. Cujac. *Ad rubr. decret. de testib.*

poi da lui, onde sia ad altri resa sensibile, essere rappresentata in parole o pronunziate o scritte a foggia di narrazione o testimonianza (1).

Gli antichi, nel giudicare molto più modesti di noi, riflettendo forse al grande pericolo di alterazione, e di cambiamento, che un fatto può correre passando per le idee e per le parole dell'uomo di più illibata coscienza che se ne fa il narratore, e lo storico, vollero che i testimoni in giudizio non deponessero in modo assertivo, e dommatico, ma lo facessero in modo, il quale, non escludendo l' errore, assicurasse soltanto della lor giusta credulità (2). Questo modo di risposta era coerente a quello della interrogazione nel processo accusatorio, istantanea, diretta, e però *suggestiva* (3).

Andato il processo accusatorio in disuso e venuto in uso lo inquisitorio, occuparono un posto nelle biblioteche del dritto non pochi, e di non

(1) Il giudizio vuole il deposto orale del testimone, non le sue scritte testimonianze. Dig. *Lib.* 22. *tit.* 5. *l.* 3. §. 3.

(2) La formula era *arbitror*, o non *arbitror*. Cic. *Quaest. acad. lib.* 4. c. 47. *or. pro Font. cap.* 9.

(3) « *Quaero ex te arbitreris ne etc.*

Tit. Liv. *Hist. lib.* 4. *c.* 40.

Mal si apprezzerebbe l'indole della interrogazione suggestiva se si deferisse a quanto ne dice il Bentham *Traité des preuves judiciaires liv.* 3. *ch.* 7. *in princ.* Scorta migliore, e più utile è il nostro diligentissimo Paoletti *Istruz. ec.* §§. *IV. V. VI.* I concetti ingegnosi, epigrammatici del Bentham possono leggersi con piacere ma riescono di poca utilità per la retta amministrazione della giustizia. È questa la opinione che se ne ha anco in Inghilterra. Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne. Biblioth. du jurisconsulte etc. vol.* 1. *pag.* 475.

piccola mole i volumi i quali estesamente trattarono de' difetti, che alla fede de' testimonj opponevansi o per il titolo delle *personali* lor qualità, o per quello del tenore del loro *detto* (1). I quali volumi non si proposero già di guidare il criterio dell' uomo nella stima della prova testimoniale, ma furono destinati piuttosto a notare gli scogli, contro ai quali un criterio con troppa fiducia nelle naturali sue forze urtando avrebbe fatto naufragio. Laonde que' volumi enumerando minutamente tutti i deboli lati della prova testimoniale ridussero a sistema il dubbio, che gli antichi sebbene confusamente conobbero essere insito a questa specie di prova, e divennero una scuola di *scetticismo* di cui le incertezze inerenti alla umana testimonianza, le regole dell' analogia fondate sulla esperienza, e però i voti della giustizia in cosa di tanto rilievo aveano a così dire fabbricato il vestibolo.

Se l' algebra con quantità negative crea quantità positive lo stesso fece la critica nell' inquisitorio processo. A forza d' andar segnando le qualità negative del testimone nella *persona*, e nel *detto* giunse a stabilire la positiva qualità della prova *legittima*, vale a dire in supremo grado credibile della prova per mezzo di testimoni.

La scala della credibilità di questo mezzo di

(1) Vaglia per tutti il Farinacc. *Prax. crim. de oppos. contr. test.*, tacciato a ragione di disordine dal Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 2. §. 41.

prova e più ampiamente, e più variamente graduabile di quella d'ogni altro; e per giungere al più elevato suo punto, e discernervi la prova *legittima* sembra a prima vista che la mente umana debba formarsi la idea d'una specie d'essere di ragione, anzichè d'un essere moralmente possibile: tanto è difficile trovarne nella imbecille, e corrotta natura morale dell'uomo il modello! (1)

Che la scienza delle probabilità abbia se non tutti almeno molti de' dati, sui quali può costruirsi, nella stima giuridica della prova, apparisce dalla necessità che la mente umana, onde formarsi la idea della prova testimoniale eminentemente credibile ha di acquistar quella di tutti i difetti, che possono criticamente indebolire la fede d'un testimone come elemento, il quale unito con altro simile la deve comporre. Scrivere generali regole è a tutti permesso: immaginare l'inopinabile lo sia pure (2): ma pretendere di racchiudere in una formula sola, e generica la definizione d'una *qualità* che di sua natura ond'essere discernibile si compone qua-

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 18. *pag.* 313. *in not.*

(2) Il Cav. Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 15. dettando canoni della credibilità della prova per testimonj immaginò il delitto del mendicante che non ha altro testimone che il pari suo: il delitto commesso nelle carceri, ne' lupanari: il testimone *servo della pena ec.: aegri somnia:* e non fa motto del delitto tra le mura domestiche, il quale non può avere altra prova, che la testimonianza de'consanguinei: caso con tanta accuratezza preveduto, e definito dai pratici, e a cui saviamente provvide il Legislatore Toscano *L.* 30. *Novembre* 1786. *art.* 28.

si di più separate, e distinte qualità desumibili da fatti i quali vogliono essere collocati in categorie diverse da quella su cui la definizione debb' essere collocata, non è logicamente ammissibile (1).

Un deposto giurato, giudiciale, articolato in pronunziate parole di cui a guisa d'un parto fu ostetrice la interrogazione analitica, circostanziato quanto il fatto a cui si riferisce lo fu, e se si tratta di fatto permanente appoggiato alla base del fatto verificata co' metodi della certezza fisica, tale che due uomini citati a fornirlo, liberi di fornirlo o non fornirlo, gravi per probità e per senno, immuni da errore in cosa di fatto, anco in prudentissimi facile: non colle parole stesse ma con concordanza perfetta di idee lo proferiscono, è uno storico monumento sulla fede del quale non è dato elevare alcun dubbio (2).

Esaminando la prova testimoniale colle regole d'un asserzione in senso opposto alla negativa

(1) I canoni del Cavalier Filangieri, se si tolgano quelli che spettano alla procedura: se si sottragga il secondo che non dice niente: il terzo che ripete una regola di gius romano: il quarto che spetta alla confessione del reo: il quinto che è la ripetizione del terzo: il settimo che è la ripetizione del sesto: il decimo il quale contiene un error manifesto ingiungendo al reo di provare la propria innocenza in faccia alla semplice accusa: ridotti così a due soli esprimono il primo quel che il Padre Mallebranche *Recherches de la verité liv.* 1. avea detto sulla *probità*, e sulla *scienza* del testimone: il secondo inesattissime e fallaci regole sulla contestualità. Ecco il vantaggio delle *generalità*, che tanto appagano lo spirito di chi legge.

(2) Poggi *Elem jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 2. §. 41.

del reo nasce tosto la idea d' una guerra, d' un conflitto, che essendo tra due ha bisogno d' un terzo, il quale rompa l'equilibrio di queste due forze rivali gittandosi colla propria asserzione o da un lato o dall'altro (1). Questa idea, la cui falsità divien manifesta nel caso in cui da un lato due testimoni affermino, e tre o più accusati dall'altro neghino (2) è in parte giustificata dalle abitudini del processo accusatorio sì facile a impadronirsi della mente degli uomini (3). In un metodo giudiciario, il quale si proponga di pesare la critica credibilità de' fatti quella della prova testimoniale non è diversa da quella che ogni uomo sensato dee compartire alla storia contemporanea, coll' avvertenza però, che se è moralmente impossibile che gli scrittori di una età si sieno collegati tutti a mentire, il morale impossibile cresce immaginando che due uomini di sana e perfetta mente o abbian sognato, o senza interesse e per mero diporto si siano con quel che depongono voluti esporre alla ignominia, e

(1) Montesquieu *Esprit des loix liv.* 12. *ch.* 3. Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 15. non omette questa occasione per sorprendere in fragrante errore il Presidente di Montesquieu. Il reo, egli dice, ha un interesse a negare (petizione di principio perchè se è innocente ha interesse a dire la verità): il testimone, soggiunge, non ha interesse a affermare (altra petizione di principio: il testimone può esser comprato).

(2) Servin *De la legislation crimin. pag.* 403.

(3) Gli oratori Romani quando era grande il numero de' testimonj contro al reo gli tacciavano come compartecipi della lite coll' accusatore Quintil. *Inst. orat. lib.* 5. *cap.* 7.

alle più gravi pene, che la legge ha decretate alla falsità (1).

Ma il delitto non guerreggia in campo aperto, e più spesso a guisa de' Parti ferisce la persona da cui sembra fuggire: onde il più delle volte altri storici, ed altra storia non ha che le lacrime, o le querele di chi ne restò danneggiato. Talvolta un testimone: talvolta più e quali il caso e non la scelta gli ha dovuti fornire e perciò non immuni da difetti possono narrare il delitto. Il testo di questa narrazione è quello del destino dell' accusato. Se la legge aspira a difendere colla pena l'offeso, non è men sacro il pensiero che l'anima onde la sua arme colpisca il solo, il vero offensore. E se la pena fosse irreparabile, la prova, che la fa cadere sul capo

(1) Uno scrittore per certo dottissimo, ed ammirabile Meyer *Esprit, origine etc. Des instit. judiciaires vol. 2. p.* 563. *in not.*, reso ingiusto dalla sua cordiale antipatia contro la *stima giuridica* della prova e dalla non men cordiale sua simpatia per la *intima convinzione* attribuisce alle sacre pagine, ed ai *casisti* la nozione della prova testimoniale legittima per *due* testimonj. Sarà stato dunque casista Valerio Massimo il quale riporta il detto di Q. Scevola, che testimone unico in una causa dichiarò di pernicioso esempio l'ammettere la testimonianza d'un solo, col che significava la necessità almeno di due. *Lib.* 3. *cap.* 5. Lo sarà stato Plinio *Hist. nat. lib.* 8. *c.* 22. ove incontrasi la stessa dottrina: sarà stato casista l'Arminiano Grozio, che comentando le sacre pagine vi trovò in questa dottrina una regola di critica, e di naturale giustizia: tal sarà stato Ant. Math. protestante pur esso *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 3. *num.* 1., e lo sarà tuttora la Inglese legislazione, la quale nel titolo di *alto tradimento* oltre alla convinzione de' giudici vuole due testimonj. Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b.* 4. *chapt.* 27. *pag.* 356. Non con minore spirito se non con pari dottrina coincide col signor Meyer il signore Aignan *Histoire du jury chap.* 13. *pag.* 131.

dell'accusato non dovrebb'ella essere infallibile quanto la forza delle cognizioni umane concedono che ella lo sia? È questo e non altro il titolo della prova legittima, che dai testimonj esige la ricerca analitica (1).

Se scientifica, e quindi giuridica è la nozione della prova legittima per mezzo di testimonj, di egual carattere debb'essere quella delle qualità, che ne' testimonj verificandosi la tolgono dall'alto, e tanto deprimonla da toglierle fino il carattere di umana testimonianza. Questo cambiamento si effettua talvolta rapidamente, ed a salti: lentamente talvolta, e per gradi, i quali tenuissimi sono, e difficili ad esser segnati.

Uno scrittore encomiabile per la sua dottrina e pel suo spirito di giustizia non sa comprendere come alcuni siansi voluti perdere in inutili bagattelle distinguendo il testimone *vario, vacillante, contrario* (2). Altri rimprovera ai pratici lo stolto ardire di voler ridurre a numerico valore le prove come se tutti gl'imaginabili numeri potessero bastare ad esprimere tutte le combinazioni possibili (3). Altri immaginò un miscuglio

(1) La prova legittima per due testimonj è messa in ridicolo dal D. Arnaud citato da Aignan *Histoire du jury pag.* 131. *not.* Sul detto di due testimonj fu processato un uomo accusato d'aver rubata, portandola sotto il mantello, una nave armata di quaranta cannoni. Il luogo di scena di questo processo poteva essere in corpo alla balena del Ricciardetto. Resta a vedersi se qui quadri il detto d'Orazio

« .... *Ridiculum acri*
« *Fortius ac melius magnas plerumque secat res.*

(2) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 2. *num.* 6.

(3) Meyer *loc. supr. cit.* È gran fallo, che uno scrittore come

di legge, e di arbitrio dell'uomo nella stima della prova testimoniale credendo le legislative materie docili come le poetiche ai capricci della fantasìa (1). Altri vogliono la credibilità della prova testimoniale per la grande, ed indefinibile varietà de' casi rimessa all'arbitrio dell'uomo (2). Altri finalmente volle, che la sola legge determinasse tutta ed intera la credibilità della prova testimoniale (3).

Uno scrittore favorevole a questa ultima opinione non dubita di dichiarare il metodo inquisitorio poco adattato a conoscere, e fissare le qualità dalle quali dee nascere la fede de' testimonj (4). Questa sentenza mostra da quali, e quanti tra loro contrarj principj: da quali, e quante preconcepite opinioni è infelicemente preoccupata questa materia. Non è questo il

questo stimabile non si sia dato pensiero di ben ponderare il vero sistema della stima giuridica della prova, e non l'abbia ravvisata, come il legislatore Toscano la ravvisò, una guarentigia dell'accusato. Non si vuole ridurre a numeri la prova per formarne a ogni caso una combinazione, o una specie di cabala per il lotto. La prova è ridotta a numeri per *sottrazione*, e non per *accumulazione*. La combinazione è nella prova legittima, la cui nozione è giuridica, e non numerica. Si riducono a numeri le qualità che le mancano, e così il conto si fa non per formar la prova, ma per diminuir quella, che senza questo computo colpirebbe il capo dell'accusato.

(1) Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 15.

(2) Leyser *Inst. ad Pandect. spec.* 283.

(3) Scheider *Dottrina della testimonianza giuridica nelle materie civili th.* 1. §. 71. *e* 101. *th.* 2. §. 464. 477., Goenner *Saggio d' un codice th.* 1. §. 148. 226., Mittermaier *Teoria della testimonianza nei processi penali* §. 259. 336.

(4) Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *pag.* 49.

luogo di dimostrare la incompatibilità della certezza morale dell' uomo colla certezza morale della legge, lo che spetta all'esame de' misti processi, belle, e pompose creazioni in politica ma istituzioni pericolose per la giustizia.

Il processo accusatorio nella sua originaria semplicità come contesa tra l'attore, ed il reo, i quali come i combattenti nel duello doveano l'uno al cospetto dell'altro mostrare, ed adoprar le armi loro, venendo sostituite alle armi le testimonianze, dovette dare ai litigatori il diritto di produrre i testimonj l'uno in presenza dell'altro: doveva il giudice in presenza di amendue interrogarli: amendue doveano avere il dritto d'interromperli, redarguirli, combatterli (1). I testimonj come armi de' combattenti doveano avere uno smisurato potere, e il loro giudizio non ristretto a decidere della materiale esistenza de' fatti doveva estendersi fino a dare ai fatti le qualità, che gli rendevano odiosi alla legge. Il testimone più che uno storico era un consigliere del giudice, e la coscienza dell'uno diveniva una specie di appoggio, e di responsabile della coscienza dell'altro. Coerente a questo sistema della produzione, e dell'uso del testimone era la illimitata libertà, che la legge dava al giudice nel giudicare avendo preso la sentenza il nome dagl' intimi moti del sentimento dell' ani-

(1) Cic. *pro Flacco c.* 10. La giurisprudenza Inglese ha la formula *Cross examination* esame contradittorio encomiato indistintamente da Bentham *Traité des preuves judiciaires vol.* 1. *pag.* 229.

mo di chi la proferiva (1): onde niuna regola a giudice di tal sorta poteva la legge prescrivere. Talvolta il silenzio non che le parole del testimone, sebbene unico sebbene in tenera età, ed interessato, persuadeva il giudice della verità dell'accusa, e forniva titolo alla condanna (2).

Quando la fede de'testimonj non è tutta in quella di chi gli ascolta, ma è ne' principj della certezza storica, e diviene scientifica credibilità, comecchè la interrogazione del testimone se è diretta ad avere un risultato scientifico, debbe essere scientificamente proposta, il metodo analitico è il solo, che a quest'oggetto possa adoprarsi. Debb'essere libero in vero al reo di fare al testimone le interrogazioni che vuole, ma siccome per avere una storia criticata, e discussa a dovere è necessario, che prima una storia vi sia (nè la discussione nè la critica può ragionevolmente precederla) non si saprebbe comprendere come il testimone non dovesse prima, obbedendo a'metodi i quali altro scopo non hanno che la ricerca migliore del vero, narrar la storia del fatto a cui si trovò presente, e poi o sostenerla, o abbandonarla in un contradittorio col reo (3).

(1) Quintil. *Inst. orat. lib.* 8. *cap.* 5.

(2) È il caso dell'accusa di M. Claudio Marcello contro al Trib. C. Scantinio Capitolino narrato da Valerio Massimo *lib.* 4. *cap.* 1. La cosa era passabile allorchè il *foro* poco differiva dal *teatro*. Voltaire fa *drammaticamente* dire a Giocasta

« *Tout parle contro vous jusqu'à votre silence.*

(3) Sono antiche le dispute se il testimone debba essere esaminato in

Se la interrogazione, e la risposta ond' esser certi della forma analitica della prima debb' essere scritta, il detto del testimone assume il vero carattere di storico documento, e in questa sola maniera d' essere può subire il confronto, che se ne dee far colla regola di credibilità dalla legge determinata. In questo sistema, quale la ragione umana lo può concepire, non quale le umane passioni che tutto guastano lo posson corrompere, ogni atomo del detto del testimone può contribuire o a fornir la nozione della prova legittima, o a torle alcuno de' requisiti, che in essa ha concepiti la legge.

Se avvenga questo secondo caso la legge, la quale ha a se sola riservato il dritto di disporre della sorte dell' accusato, non trova altrimenti mezzo per farlo. Ella non ha più nel processo il dato di fatto che preconcepì per l' applicazione della pena stabilita al delitto, nè la circostanza che scompone i termini della prova legittima è

presenza de' litigatori. Wessembach *Ad pandect. lib.* 22. *tit.* 5. *num.* 33. *et seq.*, Joubert *Diss. de evidentia univ. etc.* §. 27. Il contradittorio dopo l' esame è desunto dalla *Nov.* 90. *cap. ult.*, e dalle parole *etenim publicabuntur*. Le dispute sul noto *intrare judicis secretum* della *L.* 14. *cod. lib.* 4. *tit.* 20. appartengono all' ammissibilità, o non ammissibilità della informazione segreta, di cui in appresso. Anco la procedura civile ov' ella è *scritta* vuole prima *esaminato*, e poi *interrogato* il testimone. Il sig. Bellot *Exposé des motifs de la loi sur la proced. civ. pour le Canton de Génève. Génève* 1821. ammira come capo d' opera della umana saviezza i provvedimenti « *Publicité de la procedure, soleunité du serment, presence du temoin sous les yeux du juge, deposition orale, questions improvisées, reponses non preparées etc.* Questi sono i mezzi critici per afferrare la verità come con improvvisa sorpresa si afferra un malfattore, che tenta nascondersi.

per la indefinibile varietà de' casi da lei prevedibile. Di qui la necessità d'una giurisprudenza non all'effetto di costruire un equivalente della prova legittima ma a quello piuttosto di raccoglier fatti da servir di dato, e di base alle analogie onde meglio apprezzare il carattere critico de' fatti futuri come titoli, che la religione del giudicante deve apprezzare onde discendere di tale o tale altro grado dal pieno rigor della legge (1). Se tale è il carattere del sistema scientifico di valutare la credibilità della prova per testimonj: se le regole della certezza morale ed istorica non concedono piena, e perfetta fede all'umana autorità se non quando concorre il deposto classico di due classici testimonj: questo sistema oltre al giusto vanto di fregiarsi del titolo di scientifico ha pur quello di servire all'accusato di scudo contro un moto precipitoso troppo dell'arme, che la legge vibra contro di lui, e di essere una specie di contro-stimolo, o di sedativo alla febbre della intima convinzione la quale nel processo accusatorio trova ovunque gli equivalenti della prova testimoniale legittima.

Questo è il vero motivo di quelle bagattelle difficili, che l'insigne scrittore testè citato rimprovera a chi rintraccia la inidoneità del testimone *vario, vacillante, contrario:* non che di quella scrupolosa aritmetica, che altri rimpro-

(1) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 5. *l.* 3.

verarono ai pratici come arte magica, colla quale essi avessero inteso di formar la prova testimoniale come si forma il moltiplico, o il sommato in un conto.

Uomini forniti di dottrina, di esperienza, e d'ingegno si fecero a disputare se il dritto romano ammettesse il possibile della prova testimoniale piena, e perfetta col mezzo di testimonj inidonei cosicchè il numero supplisse il difetto di qualità, o una qualità potesse l'altra supplire (1). Se alla prova testimoniale manca un numero della sua nozione scientifica le manca in esso il carattere che la distingue: l'edifizio della prova non è più quello, e gli elementi eterogenei, che vi si ammettono non essendo più *parole* del testimone ma *fatti*, muti per se medesimi, ed aventi bisogno che il criterio dell' uomo presti loro un linguaggio, la fanno degenerare in prova indiziaria (2): onde il problema sulla prova testimoniale legittima per testimonj inidonei si confonde con quello, che fa nascere la prova legittima per indizj.

Il dritto Romano non sarebbe valutabile autorità per sostenere, che per mezzo di testimonj non classici può costruirsi una prova in eminente grado credibile, e tale da farne titolo d'irreparabil condanna. Finchè durò la repubblica i giudici furono onnipotenti nel decidere della

(1) Cremani *De jur. crim. lib.* 3. *cap.* 26. §. 14. 18.

(2) Poggi *Osservazioni MS. alle Istituzioni crim. teorico-pratiche del Paoletti in princ.*

sorte dell'accusato, e fu massima di Catone, che se il reo fosse stato di fede sospetta ancorchè l'attore non avesse conclusa alcuna prova a suo carico pur per le sue sole morali qualità doveva essere condannato (1). Alla onnipotenza de' giudici successe quella degl'Imperatori, i quali trassero a sè tutti i poteri della repubblica, e da sè medesimi giudicarono (2). Il Prefetto, i Presidi delle province ai quali passò il potere della spada dal Pretore, che n'era investito in tempo delle questioni perpetue (3), non erano delegatarj dell'esercizio del poter giudiciario, di cui il Principe si fosse spogliato conferendolo loro con legge certa, e determinata, a cui egli medesimo si fosse legato: eran piuttosto suoi passivi istrumenti, specie di braccia in supplemento alle sue colle quali egli quasi moltiplicava i punti dell'azione immediata, che dall'alto del suo trono intendeva di esercitare sull'amministrazione della giustizia.

In questo sistema discutere se ai termini del dritto romano la prova testimoniale legittima si possa formare per *accumulazione* di più testimo-

(1) Gell *Noct. act. lib.* 14. *c.* 2.

(2) La costituzione *Tanta* attribuisce quest' uso all' Imperatore Adriano, su di che vedasi Fretz *Diss. quaenam fuere jura auctoritas, dignitas jurisconsultorum Romanorum etc.* Anco in Toscana prima del Gran-Duca Leopoldo il Principe interveniva nelle sentenze penali, come raccogliesi dal Savelli *Pref alla prat. univ. num.* 202.

(3) Vuolsi che le questioni perpetue durassero fino sotto l'Imperator Domiziano. Haubold *Inst. jur. Rom priv. historico-dogm. lineam.* §. 145. *obs.* Discuterò questo punto di storia del dritto penale nel *Discorso sulle vicende della eloquenza forense.*

nj inidonei è lo stesso che domandare se l'Imperator Caracalla potesse fare sterminare colla spada piuttostochè colla scure il celebre e misero Papiniano (1).

Il dritto romano fornì in vero le prime idee della stima giuridica della prova, ma questa applicazione del dritto alla interpetrazione del fatto sembra aver avuto un oggetto limitato nella tortura, la quale imperversava sciolta e libera da ogni freno in tempo dell' accusatorio processo (2): perocchè era la questione un ordigno di procedura (3), nè il Principe se poteva far valere la propria autorità nella condanna poteva esser presente ad ogni atto, che il processo rendea necessario.

Senza tutte queste avvertenze storiche le regole del dritto romano sulla maggiore o minore credibilità della prova testimoniale potrebbero indurre in errore anzichè essere guida sicura nel giudicare della sorte degli accusati. Uno studio storico di quel dritto potrebbe mostrare i passi, che la stima giuridica della prova quasi fece per giungere alla sua miglior perfezione, partendo

(1) È conosciuta la derisoria maniera con cui questo mostro parlò giuridicamente dell'assassinio ordinato da lui di quel magistrato. Spartian. *In Antonin. Caracal.*

(2) Se ne faceva abuso anco in casa dai semplici cittadini. Cic. *Pro Cluent. cap.* 63., Ved. i citati qui addietro a *pag.* 145. *not.* 2.

(3) La *L.* 15. §. 41. *dig. lib* 47. *tit.* 10. si esprime « *Veritatis per tormenta inquisitio* ». Non è dunque la tortura, come neppure il giuramento una prova, ma un mezzo di procedura per ottenerla, sebbene in molti altri luoghi del dritto romano l'uno, e l'altro venga chiamato prova.

dai tempi del processo accusatorio ed appressandosi a quelli dell'inquisitorio processo. È stato bene osservato come ne' tempi dell'accusatorio processo la libertà del giudice giungeva fino a potere esimere il testimone dal giuramento, il quale non prima di deporre ma dopo il deposto era assunto da lui (1). Sotto gl'Imperatori pagani la prova testimoniale incominciò ad essere sottoposta a regole, che per lo avanti non conoscevansi, libera però sempre in gran parte, e rimessa all'arbitrio del giudice (2). La religione cristiana, apparsa al mondo per illuminarlo colla sua luce, all'effetto di risparmiare quanto era possibile il sangue del reo, e salvar quello dell'innocente consigliò agl'Imperatori che la professarono di ristringere con leggi in più angusti confini l'arbitrio del giudice nel dare il valore alla prova testimoniale (3): e finalmente al dritto canonico, in quella parte che modificò il metodo giudiciario penale, si dee la teorìa della stima giuridica della prova per testimonj in tutti i suoi gradi dal massimo della piena e perfetta fino al minimo del suo decremento possibile (4).

(1) Val. Max. *Lib.* 2. *cap. ult.*, Cicer. *Ep. ad Attic. lib.* 1. *ep.* 16., Thomas. *De fide juridica* §. 61.

(2) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 5. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 15. *l.* 23. *lib.* 48. *tit.* 18. *l.* 1. §. 3.

(3) Cod. *Lib.* 4. *tit.* 10. *l.* 9. §. 1. *l.* 10.

(4) Lancellott. *Inst. jur. can. lib.* 3 *tit.* 14. §. 8. 25. *et ult. lib.* 4. *tit.* 2.

CAPITOLO X.

Continuazione. Della prova per mezzo di scritture.

Cessa colla confessione del reo, e colla voce de' testimonj nel giudizio penale ogni parlante autorità umana nella pronunziata parola, e nel silenzio che le succede il giudice altro non scorge se non oggetti materiali privi d'anima, e di loquela.

Fra questi oggetti materiali alcuni pur parlano all'occhio se non all'orecchio. Lo scritto dando quasi corpo permanente e visibile all'umano pensiero lo dipinge quale nella mente si sviluppò, quale le parole parlate lo possono esprimere, e per questo titolo reclama d'essere collocato tra le umane testimonianze (1).

È stato osservato essere assai più facile fissare la critica credibilità della prova nascente dallo scritto che quella della prova per mezzo di testimonj (2): la qual cosa per lo più vera ne' civili giudizj non ha nè può avere lo stesso grado di verità ne' penali: perocchè la ragione d'una

(1) Egregiamente espresse la cosa il francese traduttore di Lucano
« *Et par des traits nouveaux des figures tracées*
« *Donner de la couleur, et du corp aux pensées.*

(2) Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *pag.* 80. §. 2.

maggiore facilità nel fissar la fede dello scritto nel giudizio civile nasce dalla circostanza del trattarsi le civili materie tra gli uomini nella maggior parte de'casi per via di scritti: dall'essere in tali materie ammesse le finzioni della legge; e da una facilità maggiore, che il giudice ha per decidersi a favore o contro l'uno de'due litigatori: cose tutte, che nel giudizio penale non si verificano.

Qualunque problema possa far nascere la prova, che può desumersi dagli scritti è facilmente disciolto dalla illimitata libertà, di cui gode il giudice nel processo accusatorio. Tutti gli esempj che si sogliono addurre onde stabilire che un foglio, facile ludibrio del vento (1), può col linguaggio che esprime aver per se solo la forza di mandare un uomo al supplizio, appartengono a quella specie di giudizio penale (2). Una semplice connessione grammaticale basta in quel processo talvolta a rendere persuaso il giudice, che il documento impugnato dal reo gli appartiene (3): tanto è felice la intima convinzione nel divinare non che nel rendersi persuasa!

Sembra però, che la credibilità della prova nascente dalla scrittura possa più dipendere da principj di *dritto* che da interpetrazioni di *fat-*

(1) « *Ne dispersa volent rapidis ludibria ventis.*
Virg.

(2) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 5. *num.* 1.

(3) Così avvenne nella causa in materia politica del Maresciallo Byron narrata da Ant. Math. *loc. cit. num.* 2.

to; e se così fosse la sua stima giuridica, e i metodi necessarj per costruirla dovrebbero meritare qualche attenzione dall' amico della umanità, e della giustizia.

Il criterio istintivo dell' nomo, comecchè essenzialmente sintetico, è inclinato ad aggruppar tutto, a poco separare, e distinguere, a ridurre più teste in una e tutte in quella troncarle. Il criterio scientifico separa, pone in classi gli oggetti, che esamina, e tende sempre a giudicare colle analogìe onde un oggetto, presentandosi nuovo sempre, non inganni con apparenze le quali possono farlo facilmente confondere con altro, e diverso.

È stato fatto rimprovero ai pratici di aver fissata la regola critica, che dagli scritti non possa nascere una prova perfetta, e completa, e d'aver poi quasi consunta la regola con le eccezioni, colle quali hanno inteso di porle un limite (1): e se i pratici avessero inteso di costruire una teorìa il rimprovero sarebbe stato fondato.

Talvolta avviene, che più oggetti per la loro intrinseca varietà, sebbene possano estrinsecamente sembrare simili tra di loro, non ammettono una regola sola ma ne richiedono più, nel qual caso non è difficile che chi scrive per la pratica cognizione di tali oggetti tra più regole tra loro diverse ne ponga una alla lor testa come generale e collochi le altre come eccezioni.

(1) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 5. *num.* 1.

Nelle materie criminali lo scritto per ben giudicarne come mezzo di prova non vuol' essere considerato in un solo riguardo: ma deve essere considerato relativamente I. al *materiale* del delitto II. al suo autore III. al *materiale* della scrittura IV. al modo d' esperimento che la deve render provante.

I. Il delitto può nascere dal contratto scritto, ed essere allo scritto contratto inerente come più spesso suole avvenire nella *usura* e nello *stellionato:* può al delitto essere necessario lo scritto come nel *libello famoso*, e nel *falso:* può essergli non necessario ma soltanto possibile come nel *mandato* ad uccidere, ad incendiare: può non essergli nè necessario nè possibile come nell'*omicidio*, nel *furto*.

II. Lo scritto può presentare in un solo e medesimo contesto il delitto, ed il suo autore: può contenere la sola confessione del delitto: può esibirne l' indizio.

III. Il materiale della scrittura può essere di vario tenore: ella può esser pubblica o autentica: può esser privata: essendo privata può essere stesa per lo intero di carattere del reo: può, stesa da altri, essere firmata da lui: può alla sua firma andare unita quella di testimonj.

IV. Lo scritto se è privato, e col solo carattere del reo, può in vario modo aver la prova che sebbene impugnato da lui pur gli appartenga. In una scrittura di più carte, il reo confessandone alcuna, e le altre impugnandole può aver

contro di se la prova della connessione grammaticale del periodo dalla facciata confessata colla facciata impugnata come l'ebbe il maresciallo Byron: può riconoscere, e confessare giudicialmente come sua la scrittura: possono due testimonj di vista deporre che egli l'abbia vergata: può la comparazione delle lettere, o come gli antichi dicevano la loro *ispezione* (1) stabilire la identità del carattere confessato o riconosciuto da lui come suo, con quello, che egli non vuole come suo riconoscere.

Se si ponderi la varietà delle combinazioni nelle quali può trovarsi lo scritto sarà difficile asserire, che una sola, e medesima regola possa bastare a tutte per ben definirle (2). Può ben essere, che applicando il calcolo delle probabilità non come potrebbe fornirlo l'algebra ma come potrebbe somministrarlo l'argomento analogico, o quel d'induzione a stabilire il dritto di quelle varie combinazioni si dovesse concludere che nella lor parte maggiore il più sicuro espediente è quello di dire, che dallo scritto una prova piena, e perfetta non si può attingere; ma questo resultato non autorizzerebbe a pronunziare che questa è la regola generale, e le combinazioni nelle quali la prova piena, e perfetta dallo scritto può sorgere sono altrettante eccezioni. Converrebbe piuttosto dire, se una que-

(1) Quintil. *Instit. orat. lib.* 5. *cap.* 5. *in fin.*

(2) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 15. fissa tre canoni ne' quali è notabile il *contratto simoniaco.*

stione forense dovesse mai divenire una controversia ideologica, che la diversità de' casi non concede che si costruisca una regola sola, ma più regole per ben deciderli son necessarie.

I retori colla sintesi della immaginazione, la quale creò la Sirena, la Chimera, e l'Ippogrifo, non hanno poco contribuito a render dubbiosa e problematica questa materia. Il loro mestiere è quello di colpire la fantasìa non d'illuminare lo spirito: onde fecero una confusione di tutto, autorizzarono una specie di prova da innestarsi con una specie diversa, ed attribuirono ad una specie la forza che le era fornita dall'altra. Ma o la prova dee sorgere dallo scritto, o se lo scritto ha bisogno onde provare del sussidio d'un altro, e diverso mezzo di prova, questa o non è sua gloria, o non è tutta sua: o la deve tutta o la deve in parte alla specie di prova, di cui ha dovuto implorare il sussidio (1). Se il reo confessa in giudizio come sua la scrittura la prova nasce dalla confessione non dallo scritto. Se due testimonj di vista depongono di avergli veduto fabbricare lo scritto la prova nasce dalla voce de' testimonj non dalla carta: mezzo fallace però, e forse più fallace d'ogni altro qualora ad esso unicamente si volesse appoggiar la condan-

(1) Il Boehmer. *Elem. jurispr. crim. sect.* 1. *cap.* 11. §. 225. presso a poco così ragionando prende di mira il solo caso della confessione giudiciale. Il Renazzi *Elem. jur. crimin. lib.* 3. *cap.* 13. *pag.* 183. confutandolo dissimula il vero stato della questione. Non si tratta in fatti di negare che la scrittura provi, ma si tratta di stabilire se costituisca di per sè una prova piena e perfetta.

na, e ciò per ragioni non difficili ad essere conosciute. Se il giudice arguisce la pertinenza dello scritto al reo dalla combinazione grammaticale delle facciate, delle quali si compone: se i periti stabiliscono la identità dell' *indubitato*, e del *dubitato* carattere la prova è indiziaria nel primo caso, e periziale nel secondo (1).

Il solo caso del delitto nato, e per così dire innestato nell'atto scritto qualora si tratti di autentico è quello, in cui la scrittura di per se sola lo prova: caso raro, e forse anco d' inutile esame se si rifletta all' alternativa nella quale l' usura, e lo stellionato si trovano tra il privato giudizio, ed il pubblico (2).

(1) Matheo, e Renazzi, che và sulle sue tracce, adducono il giudicato nella causa del Maresciallo Byron per concludere, che lo scritto può per sè solo provare. Sarebbe questo in vero un ragionamento decisivo se fosse ragionamento: ma un esempio ragionamento non è, e poteasi domandare ai giudici in quella causa per quali motivi o critici, o giuridici prendessero sulla loro coscienza la condanna dell'accusato. In quel caso non fu lo *scritto*, ma furon gl'*indizj* che decisero della sua sorte. Quanto alla collazione delle lettere è stato già osservato, che questo modo di verificazione della identità de' due caratteri è *magis judicium quam testimonium*. *Elem. de la proced. crim vol.* 2. *pag.* 430. *in not.* Thomas. *Diss. de fid. jurid. cap.* 2. *cap.* 56. Il Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 10. §. 14. esamina la credibilità della collazione, e accumulandovi la prova indiziaria la concede una *quasi* piena credenza ai soli effetti civili però.

(2) Il Cavalier Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 15. *can. di giud. per la prova scritt. can.* 1. fissa la regola generale dalla piena credibilità dell'*atto autentico*, e non si accorge che in esso si tratta d' un caso *speciale*. La stessa cosa era stata detta da Eisenhart *De fide historica cap.* 10. §. 9. Ma questo autore parla dell'atto autentico agli effetti civili. Non vi può dunque a rigore essere nel giudizio penale una di quelle, che Bentham chiama prove *preconstituitées*. *Traité des preuves judiciaires liv.* 4. *chap.* 1. 7. altrimenti

Prescindendo da questo caso, e poichè negli atti autentici menochè da alienati di mente i misfatti nè si progettano, nè si consumano, nè si confessano, in tutte le altre combinazioni possibili, nelle quali può trovarsi la prova per scritto, la sua credibilità non può avere un modulo generale, costante, invariabile, e la sua stima dovrà necessariamente dipendere dalla relazione maggiore o minore della scrittura colla indole del delitto del quale si tratta, dall' effetto maggiore o minor della prova, e dal modo con cui è stato stabilito che ella appartenga al reo. La ragione composta di questi tre dati potrà sola servir di norma a chi giudica (1).

Come non si può prestar fede ad un che vi dica, avere il reo rubato, o ucciso scrivendo, così se ne presterà una maggiore a chi asserisce che il reo ha scritto il libello famoso di quel che se ne debba prestare a chi dice che il reo ha conferito scrivendo un mandato a incendiare, o ad uccidere: maggiore se si dica contener lo scritto

converrebbe ammettere le così dette presunzioni *juris, et de jure*, o come l' Hubero le chiama *posizioni di dritto*. La fede dell' atto autentico, contro la quale non ammettonsi testimonj, e la sola querela di falso è ammessa, fu riconosciuta dal dritto Romano. Dig *Lib.* 22. *tit.* 5. *l.* 10., e divenne una specie di massima di pubblico dritto di tutte le civili nazioni. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 10. §. 15. Fu altrove osservato *lib.* 1. *cap.* 14. §. 1. *pag.* 213. *not.* 1., che il dritto *civile* è sotto la tutela del pubblico, e che il *penale* ne forma una parte. Onde una regola protettrice del primo non può esser regola per il secondo.

(1) L' autore dell' opera *Elements de la proced. crim. vol.* 2. *pag.* 428. *num.* 8. distingue soltanto se il delitto è racchiuso nell' atto scritto, o se è separato dall' atto.

il delitto: minore se la confessione del delitto o l'indizio: maggiore, e piena e perfetta se il reo confessò la scrittura in giudizio, non eguale se lo scritto dal reo impugnato deve esser reputato suo o per il deposto di testimonj (1), i quali in tal caso hanno una pericolosa, e lubrica causa di scienza; o per il giudizio che i periti abbiano proferito sulla identità del carattere, sia per la fallacia a questo giudizio di sua natura inerente, sia per le tante cause le quali possono aver dato a uno scritto altrui le sembianze del proprio (2).

Queste osservazioni sembrano confermare che le probabilità giudiciarie formano un corpo di scienza: che ne' libri de' pratici si contengono i dati necessarj a darle un sistema, e che altro non manca ove si voglia rettamente decidere della sorte degli accusati se non un lavoro, il quale coordinando le sparse regole, che ne' libri dei pratici incontransi getti le basi di questo sistema scientifico, il quale non può sorgere tutto in un tratto, ma può, raccogliendo progressivamente pe' loro veri caratteri i casi decisi, giungere un giorno alla sua maggior perfezione.

(1) Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 2. §. 49. *not.* 39. convenne meco, che in questo caso si tratta di prova testimoniale. Se si trattasse d'atto contenente il delitto, e di testimonj all'atto firmati chi non vede, che essi allora perdendo la veste di testimonj prenderebbero quella di complici?

(2) Vedasi la *nov.* 73. nella quale s'incontrano molte delle riflessioni a questo proposito fatte dal Bentham *Traité des preuves judiciaires liv.* 4. *chap.* 8.

CAPITOLO XI.

Continuazione. Della prova per mezzo d' indizj.

Non è senza un grande logico significato la nomenclatura, la quale dà all'indizio il titolo di prova *circostanziale* (1). Le parole *indizio, argomento, presunzione, connotato, segno, sospetto, adminicolo* (2) putono tutte la petizione di principio: suppongono cognito ciò che ancora non è: annunziano il resultato d'una operazione dell'intelletto senza indicarne l'appoggio. I retori antichi col nome di *topici* indicarono qualche cosa di dottrinale, e di *tecnico*, e perciò la loro nomenclatura se merita lode in retorica non la merita in dialettica (3). In realtà la frase *circostanziale* è la sola adattata a indicare un fatto, un oggetto materiale qualunque muto per se medesimo, solitario, isolato, il quale acquista lo-

(1) Bentham *Traité des preuves judiciaires liv.* 5. *chap.* 1. *et suiv.*

(2) Cremani *De jur. crim. lib.* 3. *cap.* 20.

(3) De' Topici scrissero Aristotile e Cicerone. L'opera di Cicerone è intitolata a Trebazio Testa, giureconsulto, che Cesare nelle militari sue spedizioni aveva sempre al suo fianco: tanto vale un consigliere giureconsulto per chi avendo nelle mani la forza ha nella propria mente ben ponderati i veri bisogni degli uomini. Vedasi il trattato che il celebre Lalande scrisse nel 1778 col titolo *L' esprit de justice fait la gloire, et la sureté des Empires.*

quela, e a guisa di separata molecola si pone in moto, si avvicina ad altre, e con esse forma un corpo di discernibil figura per il solo ragionamento dell'uomo (1).

Questa specie di chimica operazione come le vere e reali si effettua tanto più facilmente quanto maggiore è il calore, il quale quasi dilatando le molecole destinate a dare nella loro riunione un corpo di diversa combinazione ne moltiplica i contatti reciproci, e rende più pronta la compenetrazione lor vicendevole. Così veggiamo i retori antichi con calda imaginazione, e con più calde parole esser divenuti artefici di queste combinazioni nuove: aver dato loro il nome di prove *artificiali:* aver relegato ogni altro mezzo della certezza morale ed istorica tra gli oggetti, dei quali l'arte loro non dovea occuparsi, *inartificiali* chiamandoli: e proclamare il paese degli indizj come quello, in cui essi potevano stabilire il loro dominio (2).

A giudici popolari siffatte cose convenivano mirabilmente: perocchè quanto una materia è più oscura più si addice all'uomo, che deve in breve tempo chiarirla il far baratto del ragionamento colla invenzione, e del meditare un problema coll' immaginare un verisimile qua-

(1) È noto il verso del Milton, col quale ha dipinti gl'indizj
The deeds themselves thò mute spoke loud the doer.
I fatti stessi benchè *muti proclamano* altamente il colpevole.

(2) Ατεχνω—εντεχνω dissero i Greci: *loca adsumpta insita* dissero i Latini. Quintil. *Instit. orat. lib.* 5, *cap.* 15.

lunque, al che la umana coscienza facilmente si presta.

Ma se al bollore della retorica si sostituisca la temperatura del ragionamento le cose cambiano di aspetto. Un giudice che siede in piazza ed è commosso da un lato da un orator che declama, e dall' altro da una moltitudine che applaude, o come il mar freme (1), giudica le cose in un modo. Un giudice il quale nella quiete e nel silenzio d'un luogo, ove a lui tutto rammenta il sacro e delicato dovere della giustizia, medita, e indaga a quale appoggio dalla ragione riconosciuto dee fidarsi la sua coscienza nel condannare, sia pur fino e sagace quanto esser vuolsi l' ingegno suo, se non consulta i moti del cuore, a cui le dimostrazioni son facili sempre, ma consulta i calcoli della mente, giudicherà in modo diverso assai. Egli dubiterà, che mille atomi i quali per se medesimi nulla dicono possano in una certa loro combinazione esprimere come la statua di Mennone, muta di notte, ed armonica all' apparire del sole, una voce (2).

Se tutte le specie di prove, ammesse nel giu-

(1) « *Garganum mugire nemus, aut mare Thuscum*
disse Orazio d'un popolo ascoltatore.

(2) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 18. *pag.* 332. *not.* 1. Un accusato Inglese, cui volevasi opprimere con indizj, nella ingenuità della propria difesa diceva non concepire « *come con cento cavalli storni si potesse fare un cavallo morello* ». Dupin *Def. du Cost. Barreau Francais mod.* 1826. *pag.* 104. Gl' Inglesi in tempo delle lor guerre civili conobbero questo modo di giudicare, che chiamarono per *accumulazione*, e anco *evidenza costruttiva:* giurisprudenza di cui Strafford fu la vittima. Lally-Tollendal *Def. de son pere vol.* 2. *pag.* 404.

dizio penale dacchè i bisogni della sicurezza pubblica lo resero necessario, potessero esser citate al tribunale della ragione a render conto del modo con cui sodisfecero al voto della umana giustizia, la indiziaria vi comparirebbe intrisa, e grondante d'umano innocente sangue, nè altra scusa avrebbe da allegare a propria discolpa che la propria maleaugurata temerità. Interrogandola su i motivi di tante stragi ammutirebbe, nè altro potrebbe addurre se non il cupo, e inarticolato fiotto della intima convinzione, specie di latumia nelle cui tenebre il cadavere dell'innocente steso per terra è reso visibile da un barlume di falsa luce uscente da un' ingannata coscienza (1).

La fiaccola della verità tra le mani della religione di Dio, che n'è il solo fonte, diffondendo la sua santa luce tra gli uomini, pose in fuga le tenebre della intima convinzione, artefice teme-

(1) Il signor Meyer in un luogo della sua opera *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv.* 8. *chap.* 22. ha intrapreso a scrivere il più artificioso panegirico che io conosca della intima convinzione: col che ha mostrato, che le belle donne, sebbene vecchissime, trovano sempre adoratori. Ma tutto il suo discorso poggia su falsi dati. I. Egli suppone, che la stima giuridica della prova sia *costruttiva*, ed è *distruttiva*: vale a dire diretta a togliere all'intima convinzione quel che ella vorrebbe fabbricare a capriccio. II. Egli taccia la stima giuridica d'incertezza, ed è destinata a stabilire le incertezze che circondano la prova. III. Egli finalmente conclude *vol.* 5. *pag.* 263. « *On ne commande pas à son jugement* ». A tutt'altri che al signor Meyer la legge risponderebbe « Arrogante! Tu ti dici persuaso sulla esperienza di po« chi giorni, ed io non lo sono su quella de'secoli. Vadano alla ma« lora tutte le tue repubbliche di Platone, ma l'innocente non vada « al patibolo ».

raria della prova per mezzo d'indizj, ed avvertì la umana ragione della pericolosa fallacia di questa prova (1).

La voce *indizio* è presa dai giureconsulti in due sensi, secondochè o ne ammettono o non ne ammettono la piena credibilità: or come designativa della circostanza di fatto, da cui la mente del giudice può argomentare una connessione più o meno stretta col fatto principale di cui nel giudizio si disputa, quasi d' effetto colla precedente sua causa: or come designativa della forza critica, che più indizj nella lor riunione esercitano nella sua mente; dal che venne la terminologìa degl' indizj *leggieri*, de' *gravi* o *urgenti*, degli *urgentissimi*, degl' *indubitati*, e per colmo di follìa degl' *indubitatissimi* (2): pazza e ridicola voce introdotta nel foro dalla intima convinzione, la quale osava darsi atteggiamento di giurisprudenza.

L' indizio come unità del computo, a cni era destinato, è stato sempre solito prendersi da un *fatto* verisimilmente appartenente o alla *materia* del delitto, o alla *persona* del delinquente. Questa maniera di concepire l'indizio è quanto altra mai materiale. È stato confusamente sentito ma

(1) La massima fu introdotta dal dritto canonico *Cap. cum olim de verb. significatione verb. manifestum* illustrato dal Bossio, dal Claro, dal Ludovisio, dal Boero, ed altri, che alle orecchie de' parteggianti della coscienza sono

« *Nomi da fare spiritare i cani*.

(2) Torre *De stupro argum.* 31. *num.* 21.

non è stato mai dottrinalmente esposto, che l'indizio è per tutto ove non sia il mezzo criticamente idoneo a fornir la prova perfetta e completa ne' due già divisati casi della confessione del reo, e del deposto de' testimonj scevri da tutte le circostanze, che ne possono diminuire la fede. Questi due soli casi rappresentano quella storia, che alcuni chiamaron *completa:* se questi due casi non si verificano perchè o la confessione, o la testimonianza sia accompagnata da circostanze che ne infievoliscono la credibilità non vi ha più storia completa, e comparisce la *congetturale* (1) sia nella confessione del reo onde dirla più o meno credibile: sia nel deposto de' testimonj onde conoscerne la possibile inidoneità: sia nella scrittura onde apprezzarne la maggiore, o minor forza provante. Per lo che la teorìa dell'indizio debbe ravvisarne il carattere ovunque è circostanza la quale non parlando all' orecchio del giudice nasce da oggetti, e da fatti fuor della umana testimonianza, i quali hanno un linguaggio, che il suo solo ragionamento lor presta.

Questa più larga maniera di ravvisar l'indizio è suggerita dal principio adottato dall' inquisitorio processo di non ammettere altra prova piena e legittima se non la nascente dalla confessione del reo, e dal deposto di testimonj co' requisiti che la legge in lettera determinò (2). Dal

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 14. §. 2. *pag.* 232.
(2) Vedasi qui addietro a *pag.* 75.

che consegue che ogni altro mezzo se merita il nome d'indizio non può meritar quello di prova.

Ma l'indizio propriamente detto ha acquistate in vista delle sue *retoriche* origini una specie di nobiltà che ha fatti cader tutti gli altri mezzi di prova nella classe oscura di volgo, ed è rimasto principale attor sulla scena. Il processo inquisitorio, non ammettendo l'indizio nè come personaggio principale, nè come accessorio, o sussidiario ad altri mezzi di prova, trovatosi petto a petto coll'emblema, che ne formò l'antica retorica nel processo accusatorio, si è veduto per così dire costretto a difendere contro di lui la propria caratteristica prerogativa. In questo stato di conflitto tra il processo inquisitorio, e il processo accusatorio, il quale colla intima convinzione dà facoltà al giudice di dar piena, ed indefinitiva credenza all'indizio, potrebbe taluno credere che i due processi non possano altrimenti esaminare senza urto reciproco la tempra delle respettive loro armi, e siano costretti a rivolgersele l'un contro l'altro, ed a battersi onde decidere la grande contesa da qual de' due la umanità, e la giustizia sia meglio servita. Chi così pensasse s'ingannerebbe. I due processi hanno struttura organica di tempra diversa. Nell'uno opera l'uomo con tutta la energìa e con tutta la libertà delle naturali sue forze, tra le quali la più operativa è la intima convinzione, sola fabricatrice della prova indiziaria, altro far non po-

tendo la legge se non inventare, e proporre temperamenti, i quali rendano meno frequenti i pericoli di sì formidabili forze. Nell'altro niente opera l'uomo colle naturali sue forze, e tutto è sottomesso alle regole che la legge ha tratte dalla scienza delle probabilità. I due processi possono essere ciascuno di *proprio genere* ed incompatibili tra di loro, ma niun d'essi può divenire il nemico dell'altro, ed amendue desiderare la distruzione reciproca. Il mondo è largo abbastanza onde i due processi vi possano respirare senzachè l'uno soffoghi l'altro. La sola manìa delle conquiste, passionata non razionale come ella è, può ispirare il desiderio che oltre questo sianvi altri mondi da invadere (1).

Sebbene la prova per la confessione del reo, e per il detto di testimonj come razionale nozione si adatti a tutti i casi possibili, qualunque siano le loro singole specie, la prova indiziaria, la quale, inchiodata nel fatto non poteva dar di se razionale nozione, fu costretta a ricorrere per farsi conoscere ad esempj tratti dal fatto, e per meglio riuscirvi un solo e sempre il medesimo addusse quale l'antica retorica lo seppe come modello di tutti inventare (2). A somma sventura

(1) *Latius regnes avidum domando*
Spiritum, quam si Lybiam remotis
Gadibus jungas, et uterque Poenus
Serviat uni.
Hor. *Od.* 2. *lib.* 2.

(2) L'esempio è di omicidio inventato dai retori antichi. Cicer. *De invent. rethor. lib.* 2. *cap.* 4. riferito da Ant. Matb. *Ad lib.* 48. *dig. tit.*

di questo esempio di prova indiziaria, quasi ella, nata drammatica, dovesse aver la sua sorte decisa in teatro, le scene presentano un esempio simile, e nel fatto, dove i retori trovarono con certezza apodittica il reo, vi palesarono l'innocente (1).

Ma citare esempj ov'è mestier di ragionamenti non è permesso. L'esempio può avere un effetto simpatico, ma non lo può mai aver logico. Il dire, che gl'indizj possono rendere un fatto evi-

15. *cap.* 6. *num.* 1.; adottato da Mario Pagano *Logica de' probabili cap.* 7. *osservat. in not.*; ed alla lettera allegato dal giureconsulto Eduardo Cocke. Bentham *Traité des preuves judiciaires vol.* 1. *pag.* 316. L'esempio immagina, I. la uccisione in genere nel cadavere dell'ucciso col seno squarciato, II. inimicizie, ed insidie dell'accusato verso l'ucciso, III. suo arresto presso al cadavere asperso di sangue, IV. con spada insanguinata alla misura precisa della ferita; V. suo pallore: sua niuna risposta alle interrogazioni: sua fuga. Il Donello referendo simile indizio ad *tit. de probationibus cap.* 10. si esprime « *Nec dubitarem hunc carnifici tradere si judex essem* ». Il Moresca giureconsulto Napoletano gli grida addosso « *Siste Donelle: siste magne vir: judex ideo non fuisti quia ex praesumptionibus utique reos damnasses. Quid dixisses si esses reus? An te ipsum ex his carnifici traderes?* Apud Sarn. *Pract. crimin. cap.* 46.

(1) Il caso d'*Arbace* nell'Artaserse del Metastasio, ove l'accusatore, vero autor del delitto, faceva sì bene da processante, e rispondeva l'accusato,

« *Tutti reo mi volete, e reo non sono.*

Il nostro classico Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib.* 1. *cap.* 2. §. 46. *not.* 60. teme quasi di riferire l'esempio drammatico sforzandosi di sostenerlo col verisimile storico. Egli doveva dir francamente « a esempj *retorici* rispondo con esempj *drammatici* ». Ma non è mestieri per distruggere i fantasmi della retorica ricorrere ai drammi, e ai romanzi. Un esempio più forte d'indizj di chi poi fu verificato innocente è citato da Prospero Farinaccio *Prax. crim. quaest.* 52. *num.* 111. E però io ho sempre creduto, che il solo accurato spoglio de' pratici potesse fornire i dati d'una scienza delle probabilità giudiciarie.

dente, e per provarlo addurre un esempio d'indizj, è ragionare con manifesta petizione di principio perchè l'esempio può confermare ma non provare, ed all'esempio si può rispondere con un esempio contrario (1). Se la scienza delle probabilità ha potuto dar ragione del perchè la confessione di alcuno del proprio fatto in ogni suo punto verificata, o il deposto di due testimonj classici è eminentemente credibile, ella non ha ardito di far parola della prova per mezzo d'indizj, e neppur ha assunto impegno di scioglier problemi di simil fatta: perocchè se ha tentato determinare quanti innocenti sopra un determinato numero d'accusati possono andare al supplizio non ha creduto poter dare un calcolo il quale rendesse mattematicamente certo in tale o tale altra causa, che l'innocente non perirà. La umana ragione è muta dunque sulla forza della prova indiziaria, e la retorica, e la intima convinzione parlano per lei: l'una spargendo di fiori le catene dell'accusato: l'altra con un solo occhio a guisa di Polifemo divorando chi gli capita tra le mani (2).

Una prova che non sà definirsi come può sperare di sostenersi? Pretendere, che se la prova

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 6. pag. 114. not. 3.*

(2) « *Monstrum horrendum ingens cui lumen ademptum*
Virg. *Aen. lib.* 3. *v.* 658.
« . . . . *Vidi, atro cum membra fluentia tabo*
« *Manderet: et trepidi tremerent sub dentibus artus.*
Id. *v.* 624.

per via d'accumulazione d'indizj è ammessa nei giudizj civili lo debb'essere ancor ne' penali è un inferire *positivamente* dagli uni agli altri, mentre la sola *negativa* illazione degli uni agli altri è permessa (1). Ma non potendo la prova indiziaria reggersi con forze che le sian proprie, ha preteso di darsele coll'indebolir quelle delle altre prove: asserendo, che se da lei è temuto l'errore, la confessione, e la prova testimoniale non ne son pure esenti: strategetica tra i nemici ammissibile l'uno de' quali sebben non dotto spesso trionfa per la ignoranza dell'altro.

È osservabile, che la circostanza alla quale si appoggia l'indizio non può esser provata che o colla confessione del reo, o col detto de' testimonj: lo che essendo non si sà comprendere come la prova indiziaria muova guerra contro gli stessi suoi ausiliarj, e tacci d'infedeltà que' medesimi mezzi sulla fede de' quali ella è costretta a cercare un appoggio. Se la prova indiziaria rigetta o revoca in dubbio la fede della confessione del reo, e del detto de' testimonj ella è un figlio che abjura suo padre, e spinge la contra-

(1) Lo insegna lo stesso Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 1. *num.* 1. Troppe sono le differenze de' due giudizj. Nel civile la quiete de' possessi obbliga a una decisione definitiva: il giudice può essere considerato come arbitro delle parti: l'errore cadendo sul patrimonio può essere in ogni tempo emendato: può in supplemento della prova essere deferito il giuramento: cose tutte che nel giudizio penale non si verificano: molto meno in questo giudizio può ammettersi, che il soggetto del litigio sia diviso tra l'attore, ed il reo come nel giudizio civile in qualche luogo prescrivon le leggi. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 16. §. 6.

dizione fino al segno di distrugger se stessa: perocchè ella, onde costruirsi sulle circostanze di fatto che accumula, ammette spesso di averle provate o da un sol testimone, o da testimonj inidonei. Che se si dovesse dubitare della credibilità della prova per la confessione del reo, e per il deposto de' testimonj converrebbe retrocedere per lo spavento all'aspetto della prova indiziaria come la più fallace di tutte, avendo ella contro di se la fallacia di tutti gli altri mezzi di prova, e la propria.

In realtà il reo confessando, e i testimonj attestando parlano della fisica certezza, che hanno acquistata del fatto o per l'organo della vista, o per quello dell'udito, o per quello del tatto, base la più sicura e più solida della fede che si concede a quel che è, o è accaduto fuori di noi (1). La prova indiziaria non appoggia il proprio criterio nè alla testimonianza de' sensi, nè all'umana autorità, e nemmeno alle cognite regole del raziocinio. Se ella ragiona, la sua causa è perduta perchè il ragionamento la scuopre soggetta all'errore. Il suo apice, il suo punto *mistico*, il vero momento della sua forza, comunque voglia chiamarsi, è nell'intimo sentimento di chi ha la franchezza di costruirla. Ella esce allora dalla provincia della ragione: non è più dato

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 60. *not.* 1. Con fino accorgimento il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 2. §. 46. riconosce nella prova testimoniale il criterio dalla certezza fisica.

scandagliarne la tempra critica: è come un uomo, il quale volendo dare il miglior conto di sè risponde a chi lo interroga col silenzio.

Or se la prova indiziaria, sfuggendo ad ogni scientifico calcolo, non può trovare altro criterio che nella convinzione intima di chi giudica, e se la intima convinzione, appunto perchè ell'è un interno indefinibile laccio dell'animo, non può parlare nè render conto di sè, che diverrà il dritto della difesa innanzi a un tribunale che punisce, e non parla? È una grande ingiustizia decidere del dritto d'alcuno senza sentir le ragioni di chi ha interesse a sostenerlo (1), nè queste ragioni sodisfarebbero alla facoltà che chiunque deve aver di difendersi se non potessero essere risposte a quelle che si adducono da chi pensa decidere in tale o tale altra maniera sul dritto. Le ragioni che l'accusatore adduce son troppo interessate per avere a loro favore la presunzione della verità, e della giustizia. Il giudice solo può conoscere quali ragioni o per l'una o per l'altra parte preponderino, e, comecchè la difesa possa mostrare che la tempra n'è debole, ove la difesa si apprezza non può essere un giudice il quale abbia la facoltà di dirsi o contro, o fuori di ogni ragione convinto.

(1) Des Marets in una gran disputa teologica del secolo 17.° stampò un libretto col titolo « *Audi et alteram partem* ». I suoi avversarj *intimamente convinti* di aver ragione per non durar fatica a rispondergli ebbero ricorso alla forza, e fecero sopprimere il libro. *Vita Jacob. Altingii Op. Amstelodami* 1687.

Un reo è ritenuto dal confessare un delitto che realmente non ha commesso dalla resistenza che in ogni animo incontra sempre la falsità: dal naturale aborrimento che ogni uomo sente per il suicidio, e per qualunque si sia specie di fisico, o morale dolore. Due testimonj son ritenuti dal dire la falsità dalle stesse resistenze dell'animo ad implicarvisi, e dal timore di subirne la pena. L'indizio senza alcuno di questi timori: sicuro nella propria impunità: tranquillo assidendosi nella coscienza, e nell'istintivo criterio del giudice minaccia senza poter essere minacciato, e ferisce senza timore di esser ferito. Nascendo da un ragionamento o migliore, o peggiore l'indizio cammina sicuro di se medesimo: non si reputa responsabile dell'errore perchè può non conoscerlo, e non dà all'accusato le guarentigie delle pene del falso, perchè niuno per aver malamente ragionato è andato in galera mai. L'indizio dunque è una specie di mannaja, se mai piomba sul capo dell'innocente, maneggiata da mano invisibile, e cui niuna umana responsabilità può frenare.

La giustizia è una verità, non una verisimiglianza: onde l'applicazione della legge per esser giusta dee aver l'appoggio del vero non quello del verisimile. La credibilità della prova per mezzo d'indizj altro non può essere se non una verisimiglianza massima, ma è antica e inoppugnabile la osservazione, che il verisimile non è

sempre la verità (1). La credibilità della confessione del reo: del deposto di due testimonj: co' caratteri i quali debbono accompagnare questi due mezzi di prova non è una verisimiglianza è una verità. Il giudice non la deve al suo modo di esaminare le cose, ma la deve all'autorità, e alla responsabilità di chi se ne costituisce palesatore. Perchè la verità non sia tale è necessario che il reo, e i testimonj abbiano architettata una falsità: ma è ben altra cosa cedere ad illusioni che noi stessi ci siamo create, e cedere ad illusioni che ha create l'altrui malvagità. Il delitto sconcerta tutti i calcoli della umana prudenza non che quelli della giustizia.

Ma dalle opere si conoscono le vere tempre degli animi. Osservate i passi dell'indizio se vi piace immaginarlo atteggiato a foggia di animato vivente. Voi scorgerete che egli o cerca le tenebre della ignoranza, o si compiace di respirare quell'aria stessa, che le leggi di eccezione respirano. O cieco nella coscienza del giudice popolare, o Argo politico nel magistrato applicator d'una legge, che si propone di affogare i crescenti delitti nel sangue umano, è sempre

(1) La osservazione è realmente antichissima, ed è attribuita al poeta Agathone *Ap. Athen. lib. 1. princ.* Εἰκὸς γινεσθαι πολλὰ κὰι παρα το εἰκὸς *verisimile est et multa fieri praeter verisimile*, ed è ripetuta da Aristotile *Rethoric. lib. 2. cap. 24. pag.* 448. ove riporta i versi di Agathone, i quali tradotti suonano

Fortasse aliquis verisimile id ipsum esse dixerit
Mortalibus multa evenire non verisimilia.

spregiatore della buona critica, e della vera giustizia: assiso nell'animo del giudice popolare confonde il raziocinio colla coscienza: nel giudice magistrato erige un trono, che divide colle *prove privilegiate*, alle quali la legge non può altrimenti dar bando (1). Se si osservano le opere che escono dalle sue mani non si sà se maggior sia l'errore, oppur l'orrore che ne deriva. Non si citano esempj d'innocenti mandati al supplizio o sulla loro confessione legittima (2), o sul deposto di due testimonj classici, e contesti (3): grande e deplorabile è la falange degl'innocenti, che l'indizio ha con tranquilla coscienza scannati (4).

(1) Il Poggi *Osservazioni MS. all' opera del Paoletti* ha ravvisata egli pure la stretta connessiooe che vi ha tra la coovinziooe intima che dà forza provante all'*indizio*, e le prove privilegiate abolite dal Legislatore Toscano *L.* 30. *Decembre* 1786. *art.* 27.

(2) Gli esempj d'innocenti condannati sulla lor confessione riferiti da Charondas *vol.* 1. *resp.* 1. stanno cootro l'iodizio, ed a lui solo debboosi rimproverare quest'infortuoj, 1. perchè sull'indizio fu proceduto alla tortura del reo, dalla cui bocca fu così estorta la coofessione, 2. perchè in mancanza della prova del *materiale* del delitto coi metodi della certezza fisica vi si volle supplire colla prova indiziaria.

(3) I due esempj di testimonj contesti i quali deposero a danno dell'innocente riferiti dall'autore delle *Ricerche sulla scienza de' Governi* (Gorani) *vol.* 1. *art.* 13. debbono attribuirsi alle noo poche visiooi, che spesso s' incontrano in quell'opera. E giudici prevaricatori, che malvagiamente condaonarono l'ionocente non ve ne furono? La causa celebre de'giudici di Maotes ne è un lacrimevole esempio. Richer *Causes celebres etc. vol.* 6. *pag.* 140. Ma i testimonj spergiuri, e i giudici prevaricatori scoperti tali son puniti a ritegno d'altri, che simili iniquità macchinassero. Chi punisce l'indizio? Chi può accusare il raziocioio, che lo ha costruito o di prevaricazione, o di puoibile falsità?

(4) L'antichità cita gli esempj di Teramene *Suidas in voce:* di

Quasi la storia, e l'autorità d'un secolo potesse legittimare le erronee pratiche de' secoli, che gli succedono, alcuni scrittori hanno divisato rivolgersi al dritto romano, e rintracciare in quel dritto una difesa della prova indiziaria. Improponibile tentativo! Se si parla del dritto delle questioni perpetue, e del tempo della repubblica, dritto non che per l'indizio per qualunque altra specie di prova non vi era (1). Se si parla del dritto, che incominciò a prevalere sotto gl'Imperatori l'uso della tortura impediva, che si potesse discutere il valor dell'indizio per il merito della condanna: perocchè o il reo confessava, ed egli era condannato come confesso, o vinceva colla pazienza i tormenti, ed era definitivamente assoluto (2). Immaginare come alcuni fecero, che nel concorso d'indizj *necessarj*, ed *indubitati* il reo reputavasi convinto, e non sottoponevasi alla tortura è cosa affatto gratuita,

Aristide: Cornel. Nep. in *Arist. c.* 3., di Socrate: Laert. *In vit. Socr.*, di Rutilio: Senec. *De benef. lib.* 3. *cap.* 37. Ma questi nomi sono di accusati celebri. Chi calcola il numero de' più oscuri condannati innocenti? La stampa potè sola dare alle cose morali, e politiche il lor vero prezzo, ed alla stampa dobbiamo la cognizione delle stragi, che la prova indiziaria ha fatte de' Sirven, de' Calas, de' Le-Brun, de' Montbailly, de' D'Anglade ec. Non si dica che queste furono vittime d'una tal forma di giudizio penale: tutti erano fatalmente aggravati d'indizj tali, che niun uomo avrebbe potuto ricusarsi di crederli rei: la sola scienza potea dubitarne poichè ella sola insegna a dubitare. Ma se si vogliono esempj recenti si legga il novero, che ne fornisce il sig. Lucas *Du système pénal etc. pag.* 383., novero, che andava progressivamente impinguandosi mentre quell'opera si pubblicava.

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 160.

(2) Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 16. *cap.* 4. *num.* 16.

la quale non ha appoggio di autorità (1). Se i giureconsulti romani scrissero sulla indole dell'indizio, che dovea servir di titolo alla tortura, ciò fecero per porle un limite almeno, ma parlando dell'indizio *probabile*, o di più *verisimili* equivalenti al *probabile* non esclusero, che alla tortura potesse autorizzare l'indubitato: il quale tale non è, che per una petizione di principio di chi tal lo vorrebbe.

Se i giureconsulti romani avessero reputato l'indizio sufficiente alla condanna del reo, come non avrebbero ne' loro scritti lasciata traccia di questa loro opinione? Uno scrittore, che più d'ogni altro abbia avuta nelle materie penali familiarità co' frammenti del dritto romano fino a noi pervenuti se ha trovato ne'libri de' retori

(1) Questa indagine è uscita originalmente dalla penna dell' illustre Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.*, 16. *cap.* 3. *num.* 21. Questo scrittore discutendo quando fosse lecito ripetere la tortura parla di *evidentioribus argumentis*, *indicia valde urgentia*, *argumentis oppressus*, espressioni, le quali convengono alla forza massima della prova indiziaria, lo che prova, che i Romani valutavano l'indizio qualunque si fosse per la tortura, e non per la condanna. Nella questione celebre, e con tanta dottrina discussa dagl'interpetri, e dai pratici, se il reo potesse essere in tortura interrogato de' socj, e de' complici, l'insigne citato scrittore *cap.* 3. *num.* 15. distingue il reo *confesso*, ed il reo *convinto* sostenendo non potersi interrogare il primo, potersi il secondo: lo che fece nascere poi la distinzione della questione *preparatoria*, e della *definitiva*. *Elements de la proced. crim. vol.* 2. *pag.* 338. Ma nel caso della tortura definitiva il reo poteva essere stato convinto colla prova testimoniale, e le perplessità le quali circonderebbero sempre quella questione, se si volesse decidere coll'autorità del dritto romano, non permetterebbero di trarne argomento valevole in appoggio della opinione che il convinto per via d'indizj non era torturato.

con che sostener l'indizio non ha potuto trovare altrettanto in quelli de' giureconsulti (1).

Inutile fatica sarebbe rispondere a chi per favorire la credibilità della prova indiziaria op-

(1) In cosa sì grave mi sia permesso di andar contro alla opinione d'uno scrittore, la cui opera è degna, che le sia applicato il consiglio d'Orazio

« . . . . *Vos exemplaria graeca*
« *Nocturna versate manu, versate diurna*.

Citerò le leggi come egli le cita. Convien distinguere dagl' indizj le presunzioni dette *juris, et de jure*, le quali provano contro Matheo, che il sistema del gius romano non fosse favorevole alla condanna per la prova indiziaria. A presunzioni simili appellano *l.* 1. §. *Divus d. ad l. Corn. de sicar., l.* 4. *D. de termino moto, l.* 3. *Cod. de off. assess., nov.* 117. *cap. ult. l.* 34. *cod. ad l. ult. de adult.* Tra le leggi relative all'indizio, sebben tutte lo riconoscano come mezzo di prova, non ve ne ha una che gliela conceda piena ed intera. La *L.* 2. *Cod. quor. appell. non recip.* rigetta la provocazione del reo *argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria victus, scelusque confessus*. Matheo suppone che quelle indicazioni stiano là *disgiuntamente*, o *alternativamente*. La legge è degl' Imperatori Costantino, e Costanzo, ed è trascritta nel codice Teodosiano *L.* 11. *tit.* 36. *l.* 7., ove l'insigne Gotofredo dimostra, che le indicazioni *convictus*, e *confessus* debbono intendersi *cumulativamente*, o *copulativamente*. La *L.* 1. §. *item Cornelio D. de quaest.* parla d' indizio a tortura. La *L.* 5. §. *in barbaris D. de re milit.* parla d' adminicolo d'un fatto allegato a difesa. La *L. uti falsis* 22. *Cod. ad l. Corn. de falsis* ammette gl'indizj in unione della prova testimoniale, e della collazione delle lettere ne rileva all'attuale questione. Resta la *L. ult Cod. De probation.*, legge, che più d'ogni altra attesta le frodi, e il dispotismo di Triboniano nel compilare. La legge nell' originario suo getto ebbe per autori gl' Imperatori Graziano, Valentiniano, e Teodosio e fu diretta a spaventare gli accusatori, i quali moltiplicando le accuse temerarie cercavano la impunità nell'*abolizione privata*. Triboniano divise questa legge in due: dell' una assai male formando, conforme osserva il Gotofredo *Com. ad Cod. Theod. vol.* 3. *pag.* 272., la *L. penult. Cod. de calumn.*, dell' altra formando capricciosamente la *L. ult. Cod. de probat.* È però osservabile, che mentre la legge nella sua originaria compilazione esprimevasi *signis ad probationem luce clarioribus*, Triboniano sostituì INDICIIS

pone, che il non ammetterla aprirebbe la via alla impunità (1). Se l'indizio è sempre in procinto di mandar l'innocente al supplizio, la risposta alla objezione fu data già dai giureconsulti romani (2). Ma la obiezione inammissibile nel processo inquisitorio per le ragioni che ne saranno esposte fra poco, non ha intelligibili termini nell'accusatorio: conciossiachè in questo processo tutto ciò che spetta alla prova è un giuoco di ventura, potendo una sfavorevole fisonomìa, un silenzio, un pallore mandare un innocente al supplizio, e non potendo due testimonj col loro concorde deposto mandarvi un manifesto colpevole (3).

Senza distinguere le guarentigie *politiche* de-

ad probationem INDUBITATIS, *et luce clarioribus*. Se Tribonisno fu il Bacone della età sua avendo notato il diverso oggetto d'una legge diretta contro gli accusatori, e d'una legge diretta ai giudici: avendo sostituite alle parole della prima compilazione parole indicanti *necessità di concetto* dovette formarsi la idea d'una prova la quale cosrtata a circostanze di tempo, e di luogo escludesse la *fisica* possibilità del contrario: caso raro ma pur contingibile il quale meriterebbe il nome non di prova indiziaria, ma di *evidenza di fatto*, come se il delitto fosse stato commesso sotto gli occhi stessi di chi dee giudicarne; del che allega credibile esempio il Cav. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 9. §. 8. sebbene diversa cosa sia la evidenza di fatto considerata come *mezzo* di prova, e con troppo lassa coscienza trattata dall'autore medesimo *cap.* 12. §. 9. Le osservazioni fatte fin qui sulla interpetrazione di Antonio Matheo esimono dall'esaminare le altre simili ma di minor conto del Voet, dell'Hubero, del Wissembacio, del Sande, e in ultimo luogo del Joubert *Specim. inaug. jurid. de evid. univ. et de probat. in judicio* §. 8.

(1) Cremani *De jur. crim. lib.* 3. *cap.* 22.

(2) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 11. *pag.* 185. *not.* 1.

(3) Basti il giudizio di Cicerone sulla condanna di Publio Rutilio. *Orat. pro Font.*

rivanti da una forma di governo piuttostochè da un' altra, e diversa, e le guarentigie *giuridiche*, che sotto ogni forma di governo la mente umana può concepire, uno scrittore, che si distingue ai dì nostri tra gli altri per la dottrina, fulmina l' anatema alla stima giuridica della prova: la dichiara incompatibile colle pubbliche libertà, e pronunzia così senz' accorgersene la condanna dell' umano intelletto in cosa, di cui per gli uomini non può essere la più importante, essendo la individual sicurezza l' ultimo termine a cui tutte le combinazioni legislative dovrebbero come a centro comune rivolgersi (1). L' intelletto come ogni altra facoltà morale dell' uomo trovasi a stretto contatto colle passioni inseparabili dalla sua natura, tra le quali le politiche non sono le men calde dell' altre: dal che avviene, che la libertà a cui queste passioni aspirano è talvolta confusa colla verità, di cui non vi ha cosa al mondo più ristretta in angusti confini. Or se fosse una verità, che la prova indiziaria non merita il nome di prova: che la scienza delle probabilità non può formarsene adeguata ragione: che per giungere a conseguire una norma critica la più utile a fissare il vario grado di credibilità degl' indizj onde toccare se non il certo lo che in materia d' indizj è impossibile, il più probabile almeno, e fissare qual uso per la più retta giustizia nel giudizio penale è da farsene,

(1) Meyer *Esprit, origine etc. des inst. judiciair. liv. 6. chap.* 11.

altro mezzo non vi ha che raccogliere, ed ordinare i casi perplessi, che si presentano alla decisione de' tribunali, ed aver così un corpo di giurisprudenza da consultare: lo spirito umano richiamato a questo sistema non potrebbe dolersi d' essere ridotto a servaggio, ma dovrebbe pazientemente discutere se questo metodo serve, o non serve meglio d' un altro la causa della umanità, e della giustizia. Se mentre Archimede meditava il problema meccanico, l' applicazione del quale dovea decidere della libertà di Siracusa dalle armi degli assedianti, alcuno gli si fosse appressato dicendogli, che non dimenticasse la repubblica di Platone, chi avrebbe potuto ritenere o le risa, o lo sdegno a questo strano discorso? (1)

(1) Il Cavalier Cremani, ed il Nani sono tra noi i due scrittori, che si possono considerare i due rappresentanti legittimi, il primo della opinione favorevole alla piena credibilità dell' indizio *De jur. crim. vol.* 3. *pag.* 217. 220.: il secondo della opinione contraria. Il Nani nella sua qualità di *convertito* meriterebbe un' attenzione speciale. Sostenne la piena credibilità nella sua opera *sugl' indizj*: variò parere nelle *note* ad Ant. Matheo, e nelle *osservazioni* alla riforma criminale Toscana del 30. Novembre 1786. Meritano poca, e forse niuna valutazione alcuni posteriori campioni della prova indiziaria. Barbacovi *Ragionamento degli argomenti, ed indizj ne' giudizj penali*. Mario Pagano *Logica de' probabili*. Il signor Meyer non puo porsi in linea de' combattenti. Egli batte un campo più largo: è una specie di *eclaireur*, che ferisce alla spicciolata ora l' uno, ora l' altro ordigno del processo quesitorio, onde non dee far meraviglia se nella sua d' altro lato dottissima opera non sia giunto a formarsi la vera nozione della stima giuridica della prova, in opposizione all' intimo convincimento, lo che sarà reso più manifesto in appresso. Ma perchè in una questione, di cui può dirsi,

« *Littora littoribus pugnantia: fluctibus undas*

il campo perciò che sia degli scrittori non Italiani non resti adombrato dalla mole d'un solo nome, mi giova rammentar qui altro nome non meno celebre, del quale la opinione contraria all'indizio, e alla intima convinzione ha ragion di onorarsi, il signor Consiglier Mittermaier *Teorìa delle testimonianze ec.* §. 388. Il nome del Toscano legislatore all'*art.* 110. della riforma criminale del 30. Novembre 1786. non si legge sullo scudo di alcuno di questi celebri combattenti. È ben questo il luogo di dire

« *Povera, e nuda vai filosofia!*

CAPITOLO XII.

Del diverso modo con cui la prova sintetica, e la prova analitica si costruiscono secondo la diversa forma del giudizio penale.

È della indole delle umane passioni afferrar con forza l'oggetto loro, e con gelosia custodirlo afferrato che l'abbiano. Sebbene, così andando le cose, l'amore divenga o più, o al pari funesto dell'odio quando la forza lo assista, questo andamento di cose sarà sempre lo stesso. Le custodie vigili del vello d'oro, e degli orti esperidi: la torre di bronzo che fu stanza alla figlia di Acrisio: gli eunuchi, e i serragli d'Oriente inventati dall'amor fisico del sesso più forte per usare maggior tenerezza al più bello e più debole sono avvenimenti che si rinnuovano tutto dì negli abusi delle carceri segrete, e de' carcerieri della umana giustizia. Una forza franca, leale, ed aperta basterebbe ad impedire la fuga del reo. Una forza più vigile che robusta, più timida che coraggiosa, più diffidente che sicura di se medesima onde meglio custodirlo è creduta necessaria a cautelare la prova che và relativamente a lui rintracciandosi, o che è stata a suo carico già rintracciatá.

Questa segreta custodia del reo ha colpite

tutte le menti: ha scossi tutti i cuori: ha messi in moto tutti i ragionamenti onde discuterne il dritto. Dicono che Aristotile negasse il calore del sole ma cercasse d'estate l'ombra (1); che Anassagora sostenesse esser nera la neve ma volesse il pane del suo colore (2): che Zenone d'Elea e Diodoro negassero il moto ma medicassero col passeggio la indigestione (3). Lo stesso può dirsi della custodia segreta: tutti la com battono, e per tutto si pratica.

A Dio non piaccia, ch' io intenda trattare scherzando un soggetto, che tanto interessa la umanità, e la individual sicurezza. Ma allorchè le contradizioni umane son manifeste, chi le osserva, e le medita è nell' alternativa o di ridere con Democrito, o di piangere con Eraclito.

La custodia del reo all'effetto d'impedirne la fuga col porlo in carcere è di antichissimo tempo (4). Se il fatto è innegabile, siccome il reo in questa sua situazione dovette essere tutto alla balia de'suoi accusatori o d'una forza dalla legge non regolata (perchè egli non poteva trovar la legge se non quando era presentato ai giudici che doveano decidere della sua sorte) non è

(1) Jo. Stob. *Eclog. Phys. lib.* 1. *cap.* 25. *de sol. nat. etc., Aristot. Meteor. lib.* 1. *cap.* 4.

(2) Cicer. *In Lucull. sive Acad. quaest. lib.* 2.

(3) Aristot. *Physic. lib.* 1. *c.* 2. *lib.* 6. *cap.* 9.

(4) Desid. Herald, *De rer. judic. auct. lib.* 1. *cap.* 12. pretende porre in dubbio questo fatto, ma gli esempj che egli cita per farne dubitare mostrano, che la carcerazione del *reo* era di dritto ordinario prima assai, che i Romani nelle lor leggi come tale la proclamassero.

senza fondamento la congettura, che la custodia segreta sia antica quanto il giudizio penale. Pure prendendo le cose all'ingrosso, e non contando da tale o tale altro punto della procedura sembra potersi credere, non essere tanto antico l'uso di acquistare contro d'un accusato le prove del delitto, di cui è divenuto sospetto, senzachè egli alcuna cosa ne sappia, a tale effetto cacciandolo in chiuso, ed appartato luogo, nel quale ogni comunicazione con lui è rigorosamente a chiunque vietata: onde gli sia moralmente impossibile di aver notizia di ciò che contro di lui va facendosi (1).

(1) Un' opera sulla origine, sull' uso, e sull'abuso del segreto sarebba di una grande utilità per la scienza dalle leggi della sicurezza sociale. È noto coma il Cujario corresse l'errore de' Glossatori, i quali male ioterpetrando le parole *intrare judicis secretum* della *L. nullum* 14. *Cod. de Testibus* supposero cha la interrogazione da' testimonj in *segreto* fosse una ragola del dritto romano. Oltre al Cujacio, e ad Ant. Matheo illustrò la parola *secretarium* coma sinonima di *secretum*, luogo ove si rende giustizia, La Lande *In Thesaur. Meerman vol.* 4. *pag.* 453. Eravi uoa ragiona *storica* la quale risparmiava la *filologica* per provara che il procasso sotto gl' Imperatori di Roma noo ammetteva il segreto. Gli accusatori d'uffisio erano sottoposti alla regola stesse che la più antiche leggi aveano stabilita per gli accusatori *volontarj*. Cod. *Lib.* 9. *tit.* 2. *l. ult.*, e gl'Imperatori divenuti giudici ascoltarono, e decisero le canse in pubblico, del che converrà parlare in luogo più opportuno. È noto quanto immaginò il Presidente di Montesquieu sulla origioa della procedura segreta *Esprit des loix liv.* 28. *chap.* 34. Le ragioni del Montesquieu come desunte dalla filosofia della storia, e dal miglioramento de' metodi indagativi del vero noo piacquero al Meyer, il quale sostenne doversi la iotroduzione del segreto alla inquisizione ecclesiastica. *Esprit, origine etc. des inst judiciair. liv.* 4. *chap.* 14. Ma questo scrittore confuse con l'uso l'abuso mostrando come nella circostanza della eresia degli Albigesi la procedura divenne da capo a fondo segreta. La opinione storica del sig. Meyer era stata già profes-

La discussione delle opinioni storiche, filologiche, giuridiche, politiche che intorno a quest' uso in apparenza irrazionale e crudele si sono a guisa di nuvole burrascose ammassate renderebbe necessaria una digressione polemica, che diverrebbe inutile quando potesse dimostrarsi la connessione teorica di quell'uso con una data forma di giudizio penale.

Nel processo accusatorio nella sua semplicità e scevro d'ogni mistura più cause escludono che il reo venga arrestato e le informazioni sul delitto di cui è venuto in sospetto sian prese senza che egli ne possa aver la notizia. La eguaglianza, che la legge pone tra l'accusatore, e l'accusato esige che la custodia sia tra loro reciproca (1). Non intervenendo in quel processo al-

sata ma con scarsa suppellettile di erudizione da Mario Pagano *Consid. sul proc. crim. cap. XII.* A questo abuso deesi attribuire quel che Aignan narra del Cancellier *Poyet* promotore della ordinanza di Francesco I. del 1539, la quale stabiliva la procadura in tutto, e per tutto segreta, e della quale egli stesso rimase la vittima. Aignan *Histoire du jury pag.* 129. *in not.* Questo funesto, e micidiale diritto con un grado di esasperazione maggiore, perocchè nascondeva anco il giudice inquirente, era stato adottato na' giudizj *vemici*, o *vesfalici* la invenzione de' quali è attribuita a Carlo Magno come espediente da lui creduto necessario alla estirpazione de' malviventi sulla bella ragione che *terra saltuosa sit, et latibunda*. Thomas. *Diss. de vera orig. nat. progr. et inter. judic. Westphalic.* §. 4. Fatto è che la origine dell' abuso del segreto è nelle passioni di chi ha in mano la forza le quali in tutti i tempi e su tutta la terra sono state sempre le stesse. La origine dell'uso è nella ragione applicata alla cognizione de' metodi indagativi del *vero* nel giudizio penale. In una materia nella quale si può fare abuso della storia, e del ragionamento chi ne assume l'esame contrae l'obbligo di trattarla senza prevenzione, senza amore di parte, ed in buona fede.

(1) Pollet, *Hist. Fori rom. l.* 4. *c.* 7. citato dal Filangieri *Scienza ec. lib.* 3. *p.* 1. *c.* 2.

cuna autorità politica per l'interesse della società il modo di proporre la prova è lasciato alla libera scelta de' due litigatori. L'accusatore non si presenta in giudizio se non ha in proprio potere una prova sufficiente alla condanna del reo, e la legge sarebbe ingiusta se ad un uomo che scenda nell'arena armato di tutto punto contrapponesse in un reo privo della sua libertà una vittima di facilissimo sacrifizio. La confessione del reo: la non prosecuzione del giudizio per parte dell'accusatore sono o per l'una, o per l'altra parte dichiarazioni di volontario disarmo. Se il reo nega, la battaglia col nome giuridico di *contestazione* di lite incomincia (1) ed allora è delle prove come delle armi, le quali tanto vagliono nelle mani dell'uno quanto splendono sugli occhi dell'altro. Se l'accusatore ed il reo in questo processo si sottopongono l'uno alla custodia dell'altro ciò avviene perchè o l'uno o l'altro o non falsifichi le proprie armi, o non sottragga fraudolentemente al suo contradittore quelle colle quali può battersi (2).

Se l'autorità politica interviene nel giudizio nell' interesse della società: se all' accusa è so-

(1) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv.* 4. *pag.* 369. *in not.* osserva come in Baviera anco oggi la contestazione della lite è assomigliata a un primo atto di ostilità.

(2) Non può dunque concedersi al comunque erudilissimo Nicolini che Cicerone *in Siciliam inquirendi causa profectus* nell'accusa contro Verre ciò *segretamente* facesse. Le cautele delle quali parla Cicerone si riferiscono alle insidie che Verre tendeva alla sua vita. *Della procedura penale ec. p.* 7. *v.* 1. *pag.* 88. *not.* 1.

stituita la ricerca di uffizio tutto cambia d'aspetto.

La situazione dell' imputato in faccia all' uffizio del giudice indagatore è tale, che le tracce del delitto, le quali conducono verso di lui, debbansi raccogliere, e verificare senzachè egli ne abbia la notizia: perocchè avendola egli potrebbe defraudare colla fuga lo scopo politico della pena. Se le tracce sian tali, che somministrino titolo ad arrestarlo, effettuato il suo arresto, il segreto delle successive verificazioni nasce da altri motivi inerenti all' analisi della ricerca, che fu forza istituire contro di lui.

È stato detto, e ripetuto, che il segreto ha lo scopo di costringere il reo a confessare il delitto, ed è un succedaneo della tortura (1). Se l' asserzione vuole esprimere un *fatto* bisogna confessar con dolore, che ella ha nella storia molti, e lacrimevoli appoggi di verità. Se l' asserzione vuole esprimere un principio di *dritto*, e sostenere che la struttura tecnica del processo inquisitorio è col segreto un mezzo onde estorcere la confessione, ella è falsa, e smentita da una miglior cognizione di questo processo (2).

La solitudine, a cui convien ridurre un uomo

(1) Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv. 4. chap. 14.*

(2) Il capitolo 14. del signor Meyer citato qui sopra è un eccellente lavoro storico: ma siccome la storia presenta gli avvenimenti umani nel miscuglio, che in essi produce la influenza della ragione, e quella delle passioni, quel capitolo può esser magnifico come è di fatto, ed essere pericoloso a leggersi per chi non abbia ben meditati i metodi giudiciarj.

onde togliergli il mezzo o di dare, o d'aver notizie relative ad un fatto, di cui quanto più genuinamente è possibile si vuol conoscere la verità è nel tempo stesso una pena, ed un mezzo necessario ad allontanar dal fatto di cui si và in traccia le false apparenze, che un grande interesse a corromperlo potrebbe intrudervi. Se alla solitudine a cui convien condannare un uomo si aggiunga l'orrore, e la insalubrità del luogo del suo ritiro: la facoltà de'suoi custodi di trattarlo colla durezza, che le abitudini del loro mestiere converte in essi in istinto (1): la diuturnità del tempo in sì trista dimora, la solitudine è un mezzo di estorsione al pari della tortura. Se la solitudine, in cui si colloca l' imputato, è senza alcuno di questi martirj essa può essere un mezzo critico indagatore del vero, come è la cautela con cui il chimico volendo esaminare i veri elementi, che nella loro riunione compongono un corpo, procura d'isolarlo onde corpi eterogenei non comunichino ad esso le lor qualità.

Il segreto come segreto è contrario al dritto, che l' uomo ha d' assistere a quanto si pretende di costruire a danno del suo patrimonio, del suo

(1) I Latini chiamarono il carceriere *commentoriensis* da' registri scritti de' carcerati. Vicat. *Vocab. jur. verb. commentoriensis*. Nel medio evo le parole *gabia*, *gabiola*, come congettura il Menagio, o come congettura il Lauriere *covea*, *caveola* fecero nascere il nome di *geolier*. *Encyclop. meth. jurispr. vol.* 2. *p.* 2. *pag.* 771. Il nome di *soprastante* rammenta le latomie sotterranee inventate dalla giurisprudenza di Teodora per udire da un superiore pertugio i più leggieri aliti del detenuto. Procop. *Aneddot. cap.* 4.

onore, della sua personal sicurezza. Il processo accusatorio, il quale si propone di costruire una proposizione di *reità* non può costruirla in segreto. Il processo inquisitorio, il quale si propone di rintracciare una *verità*, se il segreto è un mezzo critico per bene indagarla, è dalla propria natura obbligato ad usarne. Alla causa della giustizia basta, che questo processo allorchè pretende asserire abbandoni il proprio segreto, e lasci libero il campo ad asserire, e provare il contrario (1).

Se fosse questo il luogo di parlare de' processi accusatorj, ne' quali non il *privato* ma la *società* accusa, si vedrebbe che questi metodi abusano, non usano del segreto. La persona destinata a divenire accusata è in questi metodi carcerata anco sulla semplice asserzione di chi accusa, o deferisce (2), abbandonato alla discrezione del pubblico accusatore non certo per il proprio uffizio inclinato ad averne; e il futuro accusato languisce per lungo tempo nella carcere, e nel

(1) Niente di questo osserva il sig. Meyer: nè doveva perciò fulminare il segreto, nè doveva come ordigno del processo inquisitorio porlo a confronto con quelli dell' accusatorio.

(2) Ved. qui appresso il *cap. XIV*. È stato fatto un quadro statistico dal quale risulta che in Inghilterra, ed in Francia sopra tre accusati due sono condannati, ed uno è assoluto. Aignan *Histoire du jury pag.* 331. *in not.* Converrebbe sapere qual' è nell' uno, e nell' altro paese il numero degli accusati in un anno, e il terzo della somma darebbe il novero degli uomini ingiustamente tormentati colla perdita della libertà, e col segreto. Si confronti questo stato di cose con quel che accade in Toscana ove il reo è incarcerato sopra *probabilità*, che la legge, e la giurisprudensa hanno in lettera determinate.

segreto prima d'essere dall'accusa colpito (1). Se fosse questo il luogo a stabilir de' confronti, si vedrebbe, che il lungo segreto a cui in quei metodi si condanna il futuro accusato è a mero gratuito dispendio della sua personal sicurezza perchè le ricerche, che senza sua saputa si fanno, comecchè dirette dall'accusatore, e non astrette da forme dalla legge prescritte come metodi critici indagativi del vero, sono tutte come esser debbono dallo spirito dell'accusa pregiudicate onde il reo è condannato al segreto a suo danno: mentre nel processo inquisitorio il segreto non è scelta ma necessità, e come necessario alla più imparziale scoperta del vero, del che tutti i sensati scrittori convengono (2), può essere usato a discolpa, e salvezza di chi vi soggiace.

Questa ultima asserzione in cosa di tanto momento merita d'essere partitamente chiarita. La luce di cui ella è suscettibile può dileguare gli equivoci di chi pensa non avere il segreto altro scopo che quello di estorcere la confessione del reo.

La ricerca a differenza dell'accusa non accoglie la confessione del reo come rinunzia alla prova, ma la colloca nel numero delle prove. La confessione non nuoce al reo in questa forma

(1) La causa di uxoricidio per via di veleno di Luigi Lavalley non era ancora cominciata, e il suo storico osservava in nota « *il est au secret depuis trois mois dans une salle basse ou le soleil ne luit pas* ». Mejan *Recueil des causes célèbres Paris* 1808. *vol.* 2. *pag.* 335. e Lavalley era innocente.

(2) Bentham *Traité des preuves judiciaires liv.* 3. *chap.* 19.

di giudizio penale; e la legge rigetta con orrore una men ponderata dichiarazione, con cui il reo volesse pronunziare la propria condanna. Ma tutto ha nelle umane cose la sua correspettività. Se la legge rigetta la confessione a vantaggio del reo qualor sia *nuda* come nata da fatuità, o da disperazione d'uno che vuol perire, e non cura, che ella sia l'effetto di delittuosa coscienza, è da questo sistema obbligata ad accoglierla e valutarla qualora *circostanziata* sia come prova di verità.

Ma se la confessione che il reo può emettere trovasi in questo bivio, la ricerca non può non verificare con scrupolo tutte le circostanze le quali o possono dimostrare esser *nuda* la confessione a vantaggio del reo che la emesse, o posson convincere che ella corrisponda al modo con cui circostanziandola il reo la emesse negli atti. Così essendo le cose, se il reo liberamente comunicando o potesse suggerire ad altri o altri potessero a lui suggerire un piano di circostanze, le quali dassero a una confessione nuda il carattere di circostanziata a suo danno, o un carattere di nuda a suo prò, la confessione non avrebbe più carattere critico di mezzo di prova nè si saprebbe qual conto doverne fare. Lo stesso dicasi della prova testimoniale. I delitti non consistono in un idealismo, al quale due testimonj contesti possano sodisfare colle loro parole: son fatti, che lasciano tracce ne' corpi tra i quali agirono. Se la confessione ha bisogno di un critico sostegno

ne' fatti, che son fuori di lei, lo stesso bisogno lo ha la prova testimoniale onde non sia un romanzo che le nude parole possono comporre, e scomporre a lor grado. Il reo nel caso di prova testimoniale o nega o confessa. I testimonj depongono di fatti, dai quali sorge la prova della innocenza del reo negativo. Non avendo avuto il reo mezzo di comunicare co' testimonj, o con chi gli suborni a suo discarico, essi divengono eminentemente credibili, e l'uffizio del giudice lo libera tanto più facilmente quanto più il segreto, a cui fu sottoposto non ebbe altro scopo che quello di meglio assicurare la verità. I testimonj depongono contro di lui, ed egli nega il delitto o citando altri testimonj, o allegando fatti, i quali provano il contrario del loro deposto. Il segreto, che lo trattò non come reo ma come mezzo di prova, si rende a lui, ed ai testimonj comune, e per questo mezzo è sperimentata la fede o degli uni, o degli altri: lo che mostra che il segreto può non essere un mezzo di forza come era la tortura, ma è mezzo critico per distinguere il vero dal falso ne' detti degli uomini, i quali spesso prendono il colore de' loro interessi, e delle loro passioni.

La storia dell'origine, delle vicende, degli abusi, delle perfidie del segreto si può facilmente tessere come quella d'ogni altra umana perversità. Ma se il segreto può stare senza esser mezzo di estorcere la confessione del reo, e senza essere una tortura morale sostituita alla fisica, scriven-

done la storia, e volendo aver vanto d'imparzialità non bisogna nascondere che in tutti i tempi, e in tutti i luoghi per le leggi dell'umano intelletto le *probabilità* ebbero un peso nell'animo umano: che nel sistema del processo accusatorio spesso fecero perir l'innocente con un valore maggior del giusto che riceverono dal poco istruito criterio del giudice popolare: che nell'età d'ignoranza e barbarie formaron titolo della prova per l'acqua, e per il fuoco: che la tortura in quella infelice età incontrata da chi ne possedeva tutto il sapere ne' frammenti del dritto romano fu creduta un uso men barbaro, e meno inconseguente che quello di esporre il reo a morire o affogato, o bruciato (1): che, abolito questo barbaro succedaneo della barbarie nel secolo delle cognizioni e della filosofia, resta a discutersi se esso fosse pianta di proprio genere, o pianta parasita e come la pianta utile alla quale stette fatalmente per lungo tempo attaccata potè vivere, e prosperare: nè in questa ricerca la legislazione d'un Sovrano che fece alla umanità ed alla giustizia il difficile, e quasi miracoloso sacrifizio di tutte le pene di dolor fisico

(1) A che giova che il Filangieri *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 11., e Mario Pagano *Saggj politici saggio* 4. *cap.* 9. abbiano chiamata a contribuzione la storia per provare l'analogìa tra il criterio de' giudizj di Dio, e quello della tortura? È un punto inconcusso della storia del dritto, che il clero il quale più contribuì a fare abbandonare i giudizj di Dio per il duello ec., vi sostituì un ordigno allora reputato *giuridico* nella tortura. Thomasius *Dissert. de occas. concept. ac intent. Const. Carol.* §. 21. *diss. v.* 3. *diss.* 89. *pag.* 455.

le quali al suo tempo credevansi le più ferme basi della sicurezza sociale non vorrebbe essere nè ignorata nè nauseata (1).

Il processo accusatorio puro tutto prepara, e tutto fa nella piena luce del giorno: niente ordisce nella solitudine, e nelle tenebre. Chi abbia gli occhj percossi da tanta, e sì pura luce vedrà oscurità, e fantasmi ovunque ella venga a mancare. Ma la oscurità incomincia appena la società prende un interesse alla repressione delle sue offese. Da questo punto scaturiscono le perplessità, e i problemi di difficile scioglimento, nè i desiderj i più puri in sè stessi, i voti per il loro scopo i più encomiabili sono ragionamenti per comporre tante difficoltà.

Se il segreto è un mezzo critico per più imparzialmente rintracciare una verità di fatto, la quale potrebbe essere da un grande interesse alterata: se esso è un mezzo analitico (perocchè analisi è tutto ciò che tende a separare il vero dal falso) non sarà lecito rigettarlo in modo perentorio, e assoluto. Sarà lecito bensì d'osservare che questo analitico metodo posto nelle mani d'un uomo può divenire istrumento dei suoi personali interessi, de' suoi capricci, delle sue prevenzioni, delle sue passioni eziandìo. Ma questa apprensione giustissima segnala gli abusi, ai quali può andar soggetto il segreto tra le mani degli uomini, che nell'interesse della verità,

(1) Ved. qui appresso il *cap. XV*.

e della giustizia dovrebbero altrimenti valersene, ma non ne prova o la ingiustizia, o l'errore.

La natura de' fatti, ai quali la legge nel giudizio penale dà attributo di dritto come mezzi necessarj a scuoprire la verità, è difficile a percepirsi. Le parole del reo come quelle del testimone sono nell'alternativa o della verità o della falsità. La interrogazione dell'uno o dell'altro non accompagnata nè da minacce, nè da promesse, nè da incussione di timore, nè da insinuazione di speranze ha l'oggetto d'indagare se quel che dissero è vero o falso. Se l'uno o l'altro risponde in modo, che criticamente si possa credere aver detta la falsità o aver voluto nascondere il vero, un ragionamento che contro l'uno o l'altro si faccia per dimostrargli che le sue risposte al vero non corrispondono non ha l'oggetto di estorcere all'uno la confessione, all'altro il deposto che si desidera, ma ha quello di ristabilire la verità, a cui aspira ogni metodo giudiciario. Se la interrogazione che criticamente obietta o al reo o al testimone l'argomento di falsità non è redarguibile della prepotenza di volere estorcere dalla lor bocca una data proposizione, il segreto, necessario a togliere o all'uno o all'altro il mezzo di comunicazione con chi potrebbe dare al falso l'apparenza di vero, come compagno dell'interrogazione non potrà meritare, come segreto, il rimprovero che la interrogazione non merita.

Il linguaggio del foro, per se stesso tradizionale, ed abitudinario, può esprimere che la carcere segreta si usa come *esperimento* o dell'imputato, o del testimone (1): può aver soggiunto dottrinalmente, che l'esperimento della carcere segreta equivale all'antica tortura (2). Questi dannabili nomi non alterano la indole di non dannabili cose. Quando un uomo è considerato come mezzo di prova nelle risposte alle interrogazioni che gli si fanno, se quest'uomo col suo rispondere criticamente apparisce esprimere la falsità, diviene un documento sospetto, e come le ordinarie regole della prudenza obbligano a tener custodito un documento scritto di equivoca fede, e di non consegnarlo a colui che avendocelo dato fa nascer sospetto di averci voluto ingannare, così obbligano a custodire un documento parlante. Come sarebbe assurdo il dire che questo espediente è un esperimento del documento scritto, e che il custodirlo è torturarlo, così sarebbe assurdo il dirlo relativamente al documento che parla (3). Per distruggere questo ragionamento converrebbe provare, che un uomo interrogato nel giudizio penale dee godere di una illimitata libertà di rispondere a proprio talento: che qualunque si sia metodo diretto a rad-

(1) Paoletti *Istruzioni per ben compilare i processi criminali* §. *IV*.

(2) Poggi nella decisione che ha il titolo *Florentin. seu Buten. falsitatis del* 1. *Febbraja* 1799. §. 33.

(3) Vedasi quanto scrisse Bentham sulla detenzione coincidente con il sequestro onde cautelare una prova *Traité des preuves judiciaires liv*. 9. *chap*. 3. §. 4.

drizzarlo nella strada del vero se è attentatorio alla sua libertà è abusivo, e tirannico: proposizione stravagante ed assurda la quale tenderebbe a supplantare il dritto d'interrogare non che quello di aver risposte coerenti alla verità.

Allorchè era in vigore l'uso barbaro, ed abominevole della tortura, i forensi che aveano in quest'uso tutto il loro criterio: che ne tingevano le lor frasi, e il lor modo di esprimersi non distinguendo il bisogno logico della interrogazione dall'antilogica usanza di accompagnarla colla minaccia de' tormenti, consideravano in questa gli attributi di quella, e come un'interrogazione obiettiva ben concepita può risparmiare a un testimone mendace la pena della falsa testimonianza attribuivano alla tortura questo vantaggio proclamandola come in eminente grado medicinale (1).

In realtà nel processo accusatorio il testimone comparendo improvviso al cospetto del giudice, ed emettendo il suo originale deposto, se mai depone la falsità non vi è mezzo per ridurlo sulla strada del vero, la brevità del tempo assegnato all'esame della causa non permettendolo. In questo processo un testimone di questa tempra cambia in un tratto la propria veste in quella di reo: l'accusator pubblico lo ritiene per proprio conto: forma l'accusa di falsità contro di lui, e lo fa comparir ben presto sul solo tenore

(1) Besold. *Pract. Adauct. lib.* 6.

della testimonianza emessa da lui sul banco dei rei. È questo il difetto d'un metodo che tutto ammassa in fatto di prova. Il processo inquisitorio, prendendo col suo analitico metodo ogni elemento di prova quasi come un filo, che con altri dee servire per ordire, e tessere una tela artistamente condotta, se trova nel testimone la falsità, usa i mezzi critici i più opportuni a ricondurlo sulla strada del vero, tra i quali il segreto, che preclude al testimone ogni mezzo per reggersi nel suo falso deposto, e comecchè i mezzi logici nell'esame obiettivo abbiano un potere, a cui l'umano intelletto non può ricusarsi, il testimone si trova naturalmente costretto ad abbandonare il proprio sistema, ed esprimersi in coerenza del vero, di cui si sente contestare le prove, e così è risparmiata una vittima alla punitiva giustizia.

La durata del segreto è nella proporzione dei bisogni della ricerca necessaria a concludere se l'imputato debba o non debba assumere la veste di reo. Se questa durata è nel sistema del processo inquisitorio all'arbitrio di chi lo compila, e però anco come semplice durata può degenerare in morale tortura, non è questo un vizio inerente al segreto, nè vi ha metodo giudiciario il quale tra le mani degli uomini non possa degenerare in abuso. La saviezza del legislatore può trovar mezzi sufficienti ad impedire questo abuso, che le passioni forensi possono far del se-

greto, e la Toscana nostra ne è una convincente riprova (1).

Il segreto di sua natura protrae la scarcerazione del reo con cauzione fino alla scritta trasmissione del *reato*, nel che sembra togliergli un vantaggio di cui gli è il processo accusatorio benigno (2). Il processo inquisitorio, considerando l'imputato come mezzo di prova non come reo nel legale significato di questa parola, finchè il bisogno della prova lo esige, non può rilasciarlo a se stesso. Ma questo svantaggio del reo è, se non in tutto, in gran parte almeno compensato dalla massima al processo inquisitorio connaturale di calcolare a di lui favore il segreto, a cui dovette soggiacere, in conto di pena, lo che per le cose altrove osservate il processo accusatorio non è di sua natura in grado di fare. La qual riflessione dee sempre più convincere, che da ogni opera umana le imperfezioni e i difetti sono come sempre furono inseparabili.

(1) Ved. qui appresso il *cap. XV.*

(2) Il signor Meyer *Esprit, origin. etc. des instit. judiciair. vol.* 2. *pag.* 283. parlando della celebre legge inglese *Habeas corpus* quattro cose dissimula, 1. che la legge non si applica ai gravi delitti: Blackstone *Coment. on the laws of Engl. b.* 4. *chap.* 33. §. 5. Cottu *De l'administr. de la justice en Angleterre chap.* 3. *pag.* 57.; 2. che quando contro al prigioniero esiste un *Warrant* del magistrato esso è un titolo che risponde al *Writ d'habeas corpus*, e questo benefizio cessa. *L'Inglese annot. al Cottu annal. de legisl. v.* 3. *pag.* 15. *not.* 8.; 3. che il dritto romano conosceva il temperamento medesimo. Dig. *Lib.* 48. *tit.* 3. *l.* 1.; 4. che questo temperamento è adottato anco nel processo inquisitorio sebbene dopo il segreto vale a dire dopo la trasmessa inquisizione speciale: derivando dal dritto romano. Dig. *Lib.* 48. *tit.* 3. *l.* 1., di cui sarà più a lungo parlato in appresso.

Niuno ha fatto rimprovero al giudizio civile di usare il segreto come mezzo critico nelle mani del giudice onde meglio indagare una verità di fatto (1). Ciò mostra, che qualunque sia l'aversione, che si abbia contro l'uffizio del giudice, tostochè un giudice per decidere una causa è necessario, la legge è obbligata a concedergli l'uso de'mezzi, che la prudenza, e la critica ha scoperti opportuni alla migliore ricerca del vero.

Quando la società si fa o accusatrice, come ne' misti processi, o giudice, come nel processo quesitorio, dell' offesa della sua sicurezza, la necessità di acquistarne in quello le prove, ed in questo di rintracciarle conduce all' altra necessità di cautelarle dalle alterazioni, che la umana malizia è sempre inclinata a mischiarvi. Ma ne' processi misti il segreto è una innegabile soperchierìa dell'accusa, che se ne vale per meglio colpire una vittima: nel processo quesitorio il segreto ha il suo titolo, e la sua sufficiente ragione ne'fatti i quali per altri mezzi provati autorizzano la interrogazione del reo. I documenti, de'quali importa cautelare l'autenticità si custodiscono per lo più nel luogo il più nitido, il più asciutto dell'abitazione da chi vi ha interesse; nè si permette a qualsisia domestico o favorito di maneggiarlo. Se non esistessero ovunque

(1) Vedasi ciò che de' così delli *fatti segreti* accenna Berrial S. Prix *Cours de proced. civil etc. pag.* 282. not. 29.

gli avanzi delle carceri, alla cui costruzione presiedè nel medio evo la forza senza temperamento di giustizia: se il reo pendente la ricerca ad altro non soggiacesse che a una vera, leale, e generosa custodia, resterebbe al segreto il suo solo carattere di mezzo analitico necessario a indagare la verità (1) nè il cuore dell' amico della umanità, e della giustizia fremerebbe al suo solo nome (2).

(1) La parola *secretus* significò *separato*, ed in seguito degenerò a significare *arcano*, *nascosto* ec. Ma tutto degenera, e di tutto può dirsi

« *Iliacos intra muros peccatur et extra.*

Nel processo *quesitorio* l'orgoglio della interrogazione produsse la tortura, e tutti i suoi succedanei: nell' *accusatorio* produsse la *pena forte, e dura*, il cui nome solo fa inorridire: espediente il quale tuttora persevera nel processo inglese. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre pag.* 81. *in not.*

(2) Il lettore discreto si accorgerà, esser io ben lontano dall'aderire a quanto della necessità della *procedura segreta* scrisse su questo espediente Boucher d'Argis, la cui opera fu registrata da Brissol de Warville nella sua *Bibliothèque philosoph. etc. vol.* 10. *pag.* 333.

CAPITOLO XIII.

Dell'effetto naturale, e dell'effetto giuridico della prova secondo la diversità del processo, e del modo di sentenziare.

Negli enti di ragione costruiti dal raziocinio speculativo non vi ha nè un di più, nè un di meno: o l'ente di ragione è tale quale la mente lo dee concepire, o è un oggetto diverso, nè vi è strada di mezzo. Negli oggetti del pratico raziocinio, i quali si formano coll'esame de'fatti, de'bisogni degli uomini, e della società, questa esistenza assoluta apodittica non si verifica. Questi oggetti, sebben trasformati in idee della mente, conservano sempre il carattere della loro origine; e poichè i fatti, e i bisogni della natura umana, e della società non possono per sforzo d'ingegno ridursi al grado delle quantità astratte, sul computo delle quali le scienze esatte lavorano, è del pari impossibile che quegli oggetti non siano graduabili dal meno al più come la forza de'fatti e quella degli umani interessi lo sono.

La intelligenza umana aspira al vero assoluto, ma nella proporzione, che la cognizione esige il mezzo de'sensi, si alza quasi dal loro impasto una nebbia, che si frappone tra l'uomo ed il vero, e lo rende spesso difficile, talvolta impossibile

a percepirsi. O si tratti degli oggetti della certezza *apodittica*, o si tratti di quelli della certezza *fisica*, o finalmente di quelli della *morale* ed*istorica*, un bisogno alla ragione dell' uomo connaturale gli dice, che un oggetto è nel bivio d'essere o vero o falso, nè lo può essere per una frazione maggiore o minore, lo che se fosse porterebbe a concludere che l'oggetto dovrebbe dirsi vero e falso nel tempo medesimo.

É questo un assioma di raziocinio speculativo, il quale è eminentemente vero perchè prescinde dalla cognizione pratica di tale o tale altro oggetto, che interessa o la umana curiosità o la umana condotta. Se questo assioma si volesse applicare alla prova, e dire che come una proposizione o un fatto o deve essere verità, o deve essere falsità, così la prova o deve esser completa, o se tale non è non può esser prova, siccome la prova non può esistere senza fatti, l' assioma incontrerebbe non poche difficoltà, e il raziocinio speculativo sarebbe convinto d'errore nella sua applicazione dal pratico.

È stato più volte osservato che l'esprimere una verità astratta generica o è inutile, o è spesso pericoloso. Un uomo semina in autunno per raccogliere nell'estate: che giova il dirgli essere nella assoluta verità delle cose che egli o raccoglierà, o non raccoglierà? Convien dirgli piuttosto quali probabilità vi sono o per raccogliere, o per non raccogliere onde egli semini se le probabilità sono per la raccolta: non perda la fatica

ed il tempo se sono contrarie, o prenda un temperamento qual la prudenza gli suggerisce il migliore nel caso che il calcolo delle probabilità sia più o meno perplesso (1).

Nelle matematiche una proposizione è vera, o falsa, o vi ha la prova, o non vi ha perchè quelle scienze meditano sopra oggetti di loro natura invariabili, i quali diventano la cosa medesima delle idee, che la mente ne forma, nel che il ministero de'sensi non ha influenza di sorta alcuna (2). Se si parla d'oggetti, che per essere conosciuti abbian bisogno della testimonianza de'sensi il dire o l'oggetto è vero o l'oggetto è falso, o vera o falsa la proposizione che lo qualifica niente più vale, e la prova che l'uomo può averne, e il grado maggiore o minore di assenso che può prestarle assorbisce ogni altra considerazione. Interessa di sapere se un corpo in lontananza è di figura rotonda, o di quadra, e non è dato di accostarvisi in modo onde più da presso accertarsene. Che rileva dover essere quel corpo o quadro o rotondo se il mezzo per riconoscerlo o dell' una forma o dell' altra non permette di stabilirlo se non in modo più o meno probabile? L'offesa della sicurezza sociale, sulla esistenza

(1) Il paragone è di Seneca *De beneficiis lib.* 4. *cap.* 33. il cui detto meriterebbe d'essere riferito tutto come di scrittore, il quale scòrse la necessità in cui è l'uomo di non aspettare nelle proprie determinazioni la esplorazione del *vero*, ma di contentarsi del *verisimile*.

(2) Eppure Filangieri ha addotti esempj di errori ritenuti come verità anco nelle matematiche *Scienza della legislazione lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 13.

o non esistenza della quale deve pronunziare il giudice, è un oggetto avvenuto fuor della sua presenza: che comparve e disparve. Poco rileva che quell' oggetto sia nell'alternativa o d' essere realmente avvenuto, o di non lo essere. L' autorità umana nella confessione del reo o nel deposto de' testimonj: le congetture che sorgono dagli scritti, e da' fatti, che possono credersi avanzi d' un commesso delitto, sono i mezzi ch' egli ha per dirlo o non dirlo avvenuto. Se questi mezzi sono di loro natura più o meno credibili il fatto sarà vero o falso nella mente di Dio, ma nella mente dell' uomo dovrà essere necessariamente più o meno probabile.

Locke ha definita la prova tutto ciò che serve a dimostrare o confermare la verità d' una proposizione o d' un fatto (1): i Romani la definirono il dar d' alcuna cosa una certa notizia (2): i giuristi l'hanno definita tutto ciò che serve a far fede di cosa dubbia (3). La prima definizione è *dommatica*, e conviene agli oggetti ideologici, nella definizione de' quali, se la mente crede di possedere la verità mentre è nell'errore, il danno, e ben piccolo, è di chi si è ingannato. La terza definizione è *scettica*, e conviene agli oggetti morali che il giudizio penale dee definire

(1) *An Essay on the hum. uuterstaud. b. 4. chapt.* 2 §. 3.

(2) Dig. *Lib.* 48. *tit.* 16. *l. ult* §. 1.

(3) Renazzi *Elem. jur. crim. lib.* 3. *cap.* 11. §. 1, *num.* 1., il quale non avvertendo la differenza de' due processi fa rimprovero ai pratici di non aver compresa la indole dialettica della prova.

o per assolvere, o per condannare un vivente: di guisachè se chi ne giudica è nell'errore il danno non è suo ma è di chi ne fu giudicato.

Varia dunque la definizione della prova col variar degli oggetti alla cognizione de'quali ella si applica e cogli effetti che ella produce. L'accusatore asserendo adotta la dommatica definizione della prova del Locke, e assume l'obbligo di provar pienamente, dal che avviene che il dritto romano imbevuto de'principj del processo accusatorio definisce la prova come l'ideologo dommaticamente: ma siccome l'indole della prova non dipende dall'accusatore ma deriva dalla tempra delle cognizioni umane, la legge dissimula per così dire questo difetto, e gli dà dei giudici, i quali dommaticamente colla loro intima convinzione, non già con metodi dialettici, pronunziano o l'assoluta verità, o l'assoluta falsità del fatto, di cui si disputa. Nella sola mente di Dio è l'assoluta verità delle cose. Il giudice popolare crede facilmente potersi porre in una diretta comunicazione con Dio, e ciò che crede con retta coscienza crede essere la verità. Sebbene il discernimento del vero sia una difficile operazione dell'intelletto, l'uomo quanto è meno istruito più è disposto a credere che dipenda da rettitudine di volontà. L'uffizio del giudice indaga non asserisce: alcuni barlumi gl'indicano il fatto delittuoso: questi barlumi acquistano ora un maggiore ora un grado minore di luce: e se questa luce non è la pienissima del sole che sorge

dall'orizzonte chi potrà negarle l'attributo di luce?

Se gli oggetti morali a differenza degl'ideologici possono avere una esistenza più o meno probabile, e se i gradi della probabilità sono nella indole delle cognizioni dell'uomo, resta a vedersi se possono divenir giusti motivi delle sue determinazioni: vale a dire produrre effetti fuori di lui.

Nel processo accusatorio, essendo tutta la cura della sicurezza pubblica in ogni cittadino come la legge è indifferente o l'offesa sia accusata, o non sia, così è indifferente all'assoluzione o alla condanna dell'accusato. Per lo che in questo sistema l'accusatore non avendo avuta necessità d'agire non ha avuto neppur dritto di farlo sopra semplici probabilità: o egli avea la prova piena ed intera della propria asserzione ed avea dritto di agire: o non l'aveva e doveva astenersene, e se invece di avere a proprio appoggio la prova intera e perfetta ha la sola probabilità, egli è un accusator temerario, e il reo debb'essere assolto (1).

Quando l'uomo è nella necessità di agire sarebbe ridicolo il pretendere che egli lo facesse unicamente quando una verità mattematica lo autorizza a farlo. L'uomo nella vita attiva si muove, e si determina sulle probabilità, e se si dovesse determinare sulla certezza i moti umani

(1) Di qui la massima *actore non probante reus absolvitur*. Vedasi qui addietro a *pag.* 148. *n.* 1.

cesserebbero a un tratto, e gli uomini tutti si cangerebbero nella famiglia di Niobe.

Divenuta tra gli uomini necessaria un autorità, la quale senza aspettare l'accusa volontaria assumesse l'incarico di vegliare sulla sicurezza pubblica, e di punire le offese, l'atteggiamento della prova variò col titolo della sua necessità, e variando d'atteggiamento dovette anco variare di effetti: succedendo al dritto della *certezza* che astringeva l'accusa volontaria quello della *probabilità*, di cui non potè far di meno la necessaria ricerca.

Il pensiero della pace pubblica nacque dagli effetti politici che la offesa produsse negli animi. Se per calmarli era necessario rintracciar l'offensore (1) aspettando la certezza per farlo sarebbe stato difficile sodisfare a questo urgente bisogno della opinione. Se si prescinda da' luoghi, ne'quali il processo accusatorio è una verità e non un vano apparato, con cui le leggi illudono i meno accorti (2), tutti i paesi intendono questa verità: tutti la praticano, e incarcerando il reo sopra semplici probabilità ne ammettono l'effetto giuridico.

Non è dunque da dire che il calcolo giuridico delle probabilità, onde conoscere gli effetti che esse debbon produrre a carico d'un imputato, siano un delirio di decretalisti, e legisti (3). Con-

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 5. pag. 87.*

(2) Ved. il seguente *cap. XIV.*

(3) Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv. 4. ch. 14.*

vien piuttosto con animo pacato, e tranquillo misurare gli effetti che esse debbono, o non debbon produrre, e se, avendo una dialettica, e politica esistenza nel primo lor sorgere, quale, e quanta ne possono avere nell'esaurirsi (1).

La ricerca analitica non vede certezza se non nella confessione circostanziata del reo, e nella prova testimoniale. Questa certezza è concordata da tutti perchè ella è il resultato non delle probabilità del caso a cui si applica ma delle probabilità che la certezza morale ed istorica ha a proprio favore al confronto della fisica, e dell'apodittica. Ma la ricerca analitica, se quelle due specie di prova non si verificano in tutti i numeri della respettiva lor perfezione, non presta loro più fede: non vuole che esse altrimenti servan di titolo alla piena, e definitiva condanna del reo. Se quelle due specie di prove non sono quali ella sui dati della certezza morale ed istorica le ha concepite, subentra in lor luogo una nuova specie di prova vale a dir la indiziaria. Sù questa prova si riuniscono i due processi quasi per porsi l'uno e l'altro a confronto. Il processo accusatorio dà alla prova indiziaria il carattere di prova piena: l'inquisitorio lo nega, e negandoglielo onde esprimersi con intelligibil linguaggio ove l'accusatorio dice prova *piena* esso parla

(1) Heinecc. *Elem. logic. cap.* 3. *sect.* 3. §. 542. dà alla certezza *morale* la denominazione promiscua di *politica*. L'indole politica della certezza, e de' suoi varj gradi nasce dagli effetti *giuridici*, che ella è destinata a produrre.

di prova *meno piena:* ove l'uno dice *pena ordinaria:* l'altro dice *pena straordinaria:* ove quello dice condanna *legittima* questo dice *decretoria* condanna.

La prova *semipiena*, la condanna *straordinaria* o come altri la chiamano *arbitraria* (1) con nomi generalmente aborriti indicano cose alla individuale libertà favorevoli: sono altrettanti ostacoli alla naturale inclinazione dell'uomo a gittar con buona e retta coscienza un accusato sulle sole apparenze di reità in un abisso, a cui se la ragione si affaccia non vede che tenebre: sono le guarentigie della sua innocenza possibile onde un irreparabil condanna non lasci altro scampo che quello di piangere inutilmente sulla sua sorte (2).

(1) Un pessimo, e pericoloso comento di questa frase sarebbe quel che scrisse il De-Simoni dell'*Arbitrio de' giudici. Del furto, e sua pena* §. 37. Egli cita *Tommaso Moro*. Ma dove sono i giudici, che sian come lui morti martiri della giustizia? E la *Utopia* sarebbe un buon codice pe' tempi nostri? Guida migliore onde conoscere l'arbitrio del giudice è Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap.* 5. almeno onde evitare gli eccessi, che quella formula può insinuar nelle menti.

(2) Il caso dell'applicazione della pena straordinaria come esclusiva della ordinaria, e così in un senso favorevole al reo è bene, e con tutta precisione indicato dall'autore degli *Elements de la proced. crimin. vol. 2. pag.* 584. *not.* 16. Il Cavalier Globig *Censura rei judicialis etc. part. 1. cap.* 13. §. 4. parlando della pena arbitraria, e credendo che il suo solo titolo sia la prova semipiena se le dichiara contrario. Infatti nel precedente *cap.* 12. egli forma la prova piena colle scritture pubbliche, e le private: colle relazioni de' periti: colle presunzioni, e gl'indizj. In questo sistema non vi può essere *pena straordinaria*, la quale nella sua primitiva formazione giuridica deve essere esclusione della pena ordinaria. Nel decremento della prova ella diviene quel che il Cavalier Globig desidera.

È stato dunque assai male apprezzato fin qui il vero carattere dell'effetto giuridico della prova, della nomenclatura di semipiena, che ne dovea derivare, e della condanna straordinaria, che ne era una inevitabile conseguenza. I nomi hanno illuse le menti. Il nome di prova semipiena, d'altro lato inevitabile nelle materie della certezza morale ed istorica, avente un inoppugnabil carattere dialettico ha fatta immaginare un ardita operazione de' giuristi diretta a creare un arme, la quale non avesse altra tempra che una vana sottigliezza di chi si faceva adulator della forza. Il nome di pena *arbitraria* ha fatto credere ad una specie di pena, la quale altro carattere non avesse se non il capriccio di chi la creava. È stato creduto che questi nomi indicassero istituzioni malefiche, ed erano d'istituzioni benefiche: che aggravassero i mali della umanità in una forma di giudizio penale, il quale eccitava d'ogni lato la diffidenza, e ne erano un salutare temperamento: che si trattasse d'una operazione *costruttiva* d'un nuovo titolo di rigore, mentre trattavasi d'una operazione *distruttiva* d'un rigore il quale avea la sua origine non nelle cognite forze dell'umano intelletto ma nella umana credulità: che si autorizzasse l'arbitrio del giudice mentre eragli posto un freno (1).

(1) Avvi una pena arbitraria o straordinaria nel senso d'un potere, che si fa superiore alla legge. A Roma i giudici non potevano pronunziare se non la pena ordinaria, o dalla legge determinata. Il Senato poteva aumentarne il rigore. Averani Benedicti *Dissertationes etc. in*

La pena straordinaria, tale essendo a favore dell'accusato e quasi retrocedendo dalla ordinaria, non rinunzia alla propria personalità ne'suoi passi retrogradi. Se ella trova un testimone invece di due: se incontra la confessione non giudiciale, ma emessa fuor di giudizio, non riduce alla metà la prova legittima come alcuni erroneamente suppongono, e crea per questo il nome di prova *semipiena* (1). La voce al pari di quella d'*indizio* denota un dato giuridico, e non un oggetto individuo, e il deposto d'un *testimone*, e una *confessione stragiudiciale* non producono effetti penali di tal gravità da meritare che per il loro titolo si aborrisca, e si distrugga un sistema giuridico il quale ha le sue basi sulla indole dialettica della prova, e sulla giustizia (2).

Cic. 26. *num.* 5. Sarebbe stato desiderabile che questo dotto scrittore avesse dato al suo detto l'appoggio d'un autorità. Quando il delitto era accompagnato da circostanze dalla legge non prevedute, il popolo se ne era riserbata la *cognizione*, che dicevasi *straordinaria*. Le attribuzioni del Senato sono state dottamente illustrate dal Dirksen *Sulla giurisdizione criminale del Senato di Roma*, *Berlino* 1820. *v.* 1. *p.* 93. In Inghilterra talvolta il parlamento giudica di delitti dalla legge non preveduti. Russel *History of the English constitution London* 1823. *p.* 100.

(1) Brissot De Warville *Théorie des loix criminel vol.* 1. *pag.* 217. preferisce alle citazioni de'grandi nomi, che si distinsero nella questione prò, e contro la prova semipiena, il satirico Rabner, il quale diceva che un paniere di granchi, che la villanella regala al giudice, è *probatio semiplena*, e che un gruppo d'oro donatogli da un finanziere è *probatio plena*.

(2) È stato disputato in Germania tra Schneider, Grolman, Goenner sul titolo, e sul computo della prova semipiena, altri volendolo *aritmetico* come lo concepisce il signor Meyer *Esprit*, *origine etc. des instit. judic. liv.* 2. *chap.* 14. altri volendolo come nell'attentato *morale*,

Gli scrittori i più amici della umanità hanno ammesso, che il sospetto, di cui l'accusato non ha potuto purgarsi sia titolo per cautelare la società da nuove offese possibili per la sua parte (1). Se il processo accusatorio sembra non valutar di dritto questo sospetto rari sono i paesi ne'quali questa massima francamente, e lealmente si pratichi. Pressochè in tutti si fa venire la *polizia* in soccorso della *giustizia*, e si dà al sospetto un valore assai più grande di quel che la giustizia consentirebbe. Or se esiste una regola dalla legge stessa determinata colla quale la pena straordinaria, modulandosi a tutto il decremento possibile della prova, nota, e segnala con espedienti che non eccedono la semplice cautela il più o men grave sospetto, sarà lecito domandare se abbia più torto un sistema che vuole il sospetto segnalato dalla giustizia o quello che confida questo delicato incarico alla polizia (2).

a dicendo prova *prossima*, o *remota* alla *piena*. Globig *Censura rei judic. part.* 2. *cap.* 13. §. 2. Procedendo così non è certo da sperarsi non che chiarezza linguaggio intelligibile in questa questione. La confusione è derivata da quella delle idee del processo accusatorio, a dell'inquisitorio. Se si perde di mira la regola, che questo processo non conosce se non due specie di prova *piena*, la confessione del reo, e il deposto de'testimonj, è impossibile formarsi idea della indola giuridica della prova *semipiena*, e degl'inferiori suoi gradi.

(1) Delitti e pene §. 15.

(2) Il Cavalier Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 2. *cap.* 13. §. 4. dopo avere altrove esaminati i sistemi dell'Austria, della Francia, della Prussia, della Sassonia, e della Baviera conclude, cha la cautela a cui autorizza la prova semipiena non possa eccedere il confino. Il sistema del legislatore Toscano bene apprezzato, del che è riserbato a discorrere nel seguente *cap. XV*, coincide con questa opinione, *Cod.*

Nel modo perentorio, con cui il processo accusatorio sentenzia, modo che tanto sodisfa i parteggianti del vero assoluto, due gravi inconvenienti si manifestano l'uno di *difetto*, l'altro di *eccesso*. Il primo consiste nel non poter valutare le probabilità intermedie tra la ignoranza, e la certezza quando altre non fossero che le idonee a suscitare un dubbio perchè in un sistema, che si propone di stabilire il vero assoluto, il modo di sentenziare non può contenere dichiarazione di dubbio, onde manca ogni titolo di cautelare la società dalla persona, la quale non ha interamente provata la propria innocenza. Il secondo inconveniente consiste nel dare un valore maggiore del giusto alle probabilità, lo che necessariamente esaspera il sistema penale moltiplicando i casi della irrogazione della pena ordinaria.

Da questi due inconvenienti và esente il processo inquisitorio. La stima giuridica della prova, dopo esser nata e cresciuta fin dove lo stesso processo accusatorio l'ammette vale a dire fino alla carcerazione dell'imputato, si avanza più oltre: esclude la pena ordinaria nel concorso d'indizj: e quasi retrocedendo percorre una scala, i cui

Leop. art. 110. 111. Alcuni negano, che la cautela (essi parlano di cauzione) debba avere un modulo proporzionato alla gravità del delitto, la qual cosa è fuori del calcolo *politico* della prova, e torna nel suo *dialettico* calcolo: due caratteri, che non possono essere mai disgiunti tra loro. Henke *Sposizione della procedura giudiciaria nelle materie penali* §. 285. *e segg.* Mittermaier *Teoria della confessione nel processo penale* §. 497.

gradi sono segnati dal più o men grave sospetto fino a un assoluzione decretoria il cui effetto è quello di lasciar l'assoluto responsabile sempre delle nuove prove, che possono sopraggiungere a di lui carico: perocchè, se alla condanna definitiva è necessaria la prova testimoniale legittima, per una non ingiusta correspettività l'assoluzione definitiva non può avere altro titolo che quella prova medesima per istabilire il fatto della innocenza (1).

Così il processo, muovendo nelle sue prime ispirazioni dalla necessità di provvedere alla pace pubblica, si esaurisce con questo pensiero. Così, togliendo alla pena una parte del suo rigore, assicura viemeglio la sua forza morale sugli animi avvalorando la idea della certezza della sua ap-

(1) Il Cavalier Cremani *De jur. crimin lib.* 3. *cap.* 30. §. 7. riportando le diverse formule d'assoluzione decretoria usate nel foro, e citando il Costant. *Vot. crimin.* 6. *num.* 29. dichiara non averci mai inteso niente. Il significato di queste formule è tutto pratico, e alcune son destinate ad esprimere lo stato d'incertezza in cui può trovarsi l'animo tra l'infimo grado di assoluzione, e il grado infimo di condanna. Se la cosa sembra essere dialetticamente contradittoria, praticamente non lo è. Gli antichi chiamarono *ambusti* coloro, che accusati non aveano potuto interamente purgarsi da ogni indizio di reità quasi restassero *avvampati* se non bruciati, e consunti. Salmas. *In Solin. pag.* 839. 840., Sculting *Jurispr. Ante-justinian. pag.* 424. *not.* 24. Ma la cosa non è dialetticamente contradittoria se si tratta di prova non matematica, ma morale. A disinganno di chi deride la scala delle probabilità giudiciarie attribuendola col nome derisorio di *tariffa* ai *legisti*, e ai *decretalisti*, mi duole non potere riferir qui ciò che filosoficamente, e giuridicamente ne scrisse un uomo, il quale colla sua dottrina illustrò la Toscana magistratura nella decisione che porta il titolo *Cosmopolitana praetensae separationis thori* de' 14 *Agosto* 1807. del signor Commendatore, e Presidente Aurelio Puccini.

plicazione. Adottando questo sistema il legislatore Toscano, incredulo alla efficacia politica dell' acerbità de' supplizj, e di qualunque pena, la quale converta il condannato in vittima d'un offesa divinità: ponendo tutta la propria fiducia nella *preventiva* difesa costruì il suo processo penale animandolo di questo spirito. Egli ne collocò il primo anello in mano d'un agente di polizìa, di cui frenò o la malizia o la imprudenza possibile col timore della pena della calunnia (1), e ne fece ritornare l'ultimo anello tra le mani del supremo magistrato di polizìa al solo effetto di vegliare o sull'indiziata, o sulla non definitivamente assoluta persona (2). Questa lunga catena formata di provvedimenti, ai quali poneva il proprio suggello il calcolo giuridico della prova, non è in quel sistema interrotta che o dalla definitiva condanna, o dall'assoluzione definitiva per il titolo della prova legittima (3). Pare che il legislatore dicesse alla preventiva difesa « *A te principium tibi desinet* ».

(1) Cod. Leopold. *art. I.*

(2) Cod. Leopold. *art. III.*

(3) Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 85. *not.* 37. difendendo l'uso della pena *straordinaria*, quasi impaurito, che gli si dovesse obiettar la ingiustizia nega a questa pena uno scopo di polizìa. Grande uomo in pratica come egli era sentiva i grandi vantaggi del sistema penale sotto il quale era stato educato: ma o fosse la celerità con cui scrisse facendo nella sua opera quasi l'ultimo suo scientifico testamento, o qualunque altra la ragione ne fosse, non mostrò comprendere lo spirito animatore di quel sistema, e il getto originale che il legislatore nella sua gran mente ne concepì. La pena straordinaria nel suo più elevato grado era tutta giustizia perchè esclusiva della ordinaria ove la prova legittima non concorreva: era ne' suoi gradi infimi tutta polizìa, ma con segnali stabiliti dalla giustizia.

CAPITOLO XIV.

Alcuni punti di confronto trà il processo accusatorio antico, e il processo accusatorio moderno.

Le civili istituzioni d'un popolo, sorte originali e spontanee dalle vicende della forza, o della saviezza, che egli dovette tutta a se stesso senza che alcuna straniera influenza vi avesse parte, debbono formare quasi un insieme, un tutto coesistente colle sue politiche istituzioni. Roma tra i popoli antichi: la Inghilterra tra i moderni offre questo fenomeno: l'una isolata dagli altri popoli per la tempra delle sue istituzioni guerriere: l'altra dai mari che la circondano.

Il processo accusatorio apparve, e si mantenne ne'due paesi come istituzione nata, cresciuta, e innestatasi colle nazionali abitudini, colle loro istituzioni politiche, e col carattere che esse dettero alla nazione. Questa forma di giudizio penale s'incontra per tutto nella infanzia della società, e presso le non ancora incivilite nazioni (1), e si scorge in seguito infievolirsi, e mischiarsi d'inquisitorio a più o meno forti dosi

(1) Thomas. *Diss. de occas. concept. ac setent. constit. crimin. Carolin.* §. 7. *diss.* 89. *vol.* 1. *pag.* 447.

nel crescere della civiltà, e nel prender piede che fa la idea d'un autorità, la quale grado a grado sovrastando a tutte le forze private assume l'officio, ed il titolo di guarentigia della pubblica pace (1).

Ma perchè questo cambiamento avvenga è necessario, che o nello stato si formi una forza capace di comprimere tutte le altre, o lo stato sia grado a grado quasi compenetrato dalle massime, e dai principj, i quali vanno progressivamente manifestandosi negli stati che lo circondano. Roma perdè il suo accusatorio processo per la prima cagione: niuna delle due cagioni ebbe potere di distruggerlo in Inghilterra.

Il processo accusatorio, naturale sintoma di una società nella sua infanzía, conseguenza delle istituzioni di due popoli, l'uno antico, l'altro moderno, non può avere in queste tre diverse sue origini lo stesso carattere: nè si sa comprendere come alcuni scrittori ravvisando il moderno *Jury* nelle antiche istituzioni di Grecia e di Roma, non l'abbiano pur ravvisato in quelle de' popoli primitivi, o uscenti dalla barbarie (2).

(1) Thomasius *citat. diss.* §. 36. Il signor Meyer segue assai bene la storia delle costituzioni criminali dell'Imperatore Massimiliano, e del suo nepote Carlo V. in Germania. Ma se è giusto il rimprovero, che egli fa al Robertson di non aver dato cenno nella sua storia di quelle costituzioni, è pur giusto osservare di lui, che egli le esamina nel solo punto di vista politico del favore che il dritto romano concede alla prerogativa imperiale, nè scende a ponderare qual guarentigia il processo quesitorio possa fornire alla sicurezza individuale nella monarchia assoluta. *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv.* 6.

(2) Il signor Aignan *Histoire du Jury chap.* 3. 4. 5. immagina una

Il processo accusatorio nelle sue storiche origini è strettamente connesso col dritto pubblico della città e colle gelosie, e colle diffidenze, le quali accompagnano sempre il potere politico quando più autorità, l'una rivale dell'altra, se lo dividono: nuova ragione perchè esso possa incontrarsi nella storia de' popoli, che ebbero la forma di governo, con cui si connette. Ma esaminato per questa sua relazione il processo accusatorio dee presentare più il carattere delle forze politiche che lo formano di quello che il carattere più o meno razionale, che lo distingue; e poichè la ragione progredisce mentre stà per il più stazionaria la forza, un processo accusatorio, nato fra gli uomini allorchè la luce della vera religione illuminò la lor mente, non sembra poter aver lo stesso carattere che ebbe presso agli antichi Romani, e in mezzo ai pregiudizj alla umana natura funesti, pe'quali l'antica civiltà ebbe un carattere, che tanto dalla moderna la separa.

La nozione del delitto, e quella della sua giusta e politica punizione storicamente considerata nel suo svolgersi per le vicende della umana sociabilità, può apparire indipendente dallo stato

prima costituzione del *Jury* presso i Greci, e una seconda presso ai Romani. Prima di lui Pettingal *An inquiry in tho the use, and practice of juries among the Greeck's, and Romans*, aveva sostenuto l'assunto medesimo fino al segno di credere, che il moderno *Jury* tragga la sua origine dai giudici *pedanei* di Roma trovati dai barbari conquistatori d'Europa nelle colonie romane *in prnefat.* opinione combattuta da Henr. Cock *Commentatio de Judicio Jurator. Lugd. Batav.* 1821. *pag.* 21. Aignan confessò d'aver molto tratto dal Pettingal *pag.* 154. *not.* 1.

morale, e civile d'un popolo: quella del metodo di giudicarne, cosa essenzialmente pratica, e strettamente connessa col dritto pubblico della città, e collo spirito pubblico che esso crea, è necessariamente più circostanziata, e locale. La immaginazione dell' uomo, ardita quanto i suoi desiderj, può lusingarsi di far passare una istituzione giudiciaria da un paese ad un altro, ma la storia, inesorabile nel fornir dati a più maturi giudizj, è pronta a mostrare come questi arditi tentativi senza poter donare ad un popolo il vantaggio, che si è pensato torre ad impresto da un altro, hanno distrutti que' pochi che un popolo avea nelle istituzioni sue proprie.

Il processo accusatorio di Roma antica non somiglia a quello della moderna Inghilterra, che nelle parti, senza le quali nè l'uno nè l'altro processo avrebbe potuto essere accusatorio. Il distintivo carattere di questo processo è che la società non vi prenda parte veruna, e che avendo il suo primo impulso nel popolo abbia nel popolo l'ultimo suo respiro. In fatti in questo essenziale carattere i due processi si somiglian tra loro quanto la diversa forma di governo de' due paesi l'ha potuto permettere. Ma questa circostanza, e l'altra, che un più razionale principio venne a innestarsi nel processo inglese, lo hanno separato, e distinto dal processo di Roma antica per modo da non aver l'uno, e l'altro somiglianza alcuna tra loro (1).

(1) Nella sposizione delle parti principali, e caratteristiche del pro-

Il processo inglese come il romano non ha pubblico accusatore: carattere senza del quale processo accusatorio non vi è (1). Ma le differenze de' due processi incominciano a scorgersi nel loro principio. L'accusato a Roma, almeno per dritto ordinario, non diveniva mai inferiore di condizione al suo accusatore: in Inghilterra l'accusatore ha una enorme forza sull'accusato, il quale sulla sua sola asserzione, non che esser citato, per-

cesso inglese molte opere potevano servir di guida: delle quali lungo troppo sarebbe il novero. Le più ioteressanti, e le più antiche, come le più recenti sono indicate dall'egregio Professor Birnbaum *Coup-d'oeil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne Bibliothéque du jurisconsulte, et du publieiste*, *Liege* 1826 *pag.* 197. 238. 469. 528. lavoro d'uoa squisita, e sorprendente erudizione io questa materia. Io ho preferito a ogni altra guida quella del signor Cottu *De l'administration de la justice crimin. en Angleterre, et de l'esprit du Gouvernement Anglais sec. ed. Paris* 1822. Il sigoor Cottu fu spedito a bella posta in Inghilterra per prendere cognizioni locali, ed esatte intorno al *Jury*. Il signor Rey *Des institutions judiciair. de l'Angleterre comparées avec celles de la France etc. Paris* 1826. gli fa rimprovero d'aver concepita una idea troppo favorevole dell'ammioistrazione della giustizia criminale in Inghilterra, e si compiace spesso di dire il cootrario di quel che egli ha detto. Ma segueodo nelle sue critiche *Bentham*, e l'Irlandese signor *Ensor* segue nel primo una guida poco sicura nelle cose d'indole pratica, e nel secondo un uomo il quale spesso giudica con prevenzione. L'opera del sigoor Cottu ha avuto un aonotatore Inglese, le osservazioni del quale si leggono nel cooto che di quell'opera dettero gli *Annales de legislation etc. vol. 3. pag.* 1.—55.

(1) *Lettres sur l'Angleterre par M. le* Baron Staël de Holstein *Lettr.* 9. *pag.* 190. ove osserva che non piacendo ad alcuni il politico carattere di certi scritti hanno formate delle società private onde promuover l'accusa contro gli autori che li pubblicano. Che in Inghilterra non siavi accusa d'uffizio lo ammette Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol.* 4. *pag.* 298., e lo cooferma Cottu *De l'administration de la justice crimin. en Angleterre chap.* 2. *pag.* 33. *L'Attorney* non è se uoo una specie di causidico il quale presta il suo uffizio all'offeso, che si fa *prosecutor*, o accusatore in giudizio.

de la sua libertà (1), espediente il quale ha la sua causa, e la sua origine nell'interesse, che il Re prende alla punizione del delitto appena n'è stata presentata l'accusa, e nella esclusione d'ogni ordigno o stabilimento di polizìa: dimodochè non è lecito agli agenti della forza pubblica di arrestare alcuno tranne il caso di flagrante delitto (2).

I Romani sottoposero l'accusatore al giuramento della calunnia ma abbandonarono poi questa massima e l'obbligarono a fornir colla *inscrizione* una guarentigia di verità che per il suo rigore divenne in seguito un grande impaccio all'accusa (3). La conseguenza di questo sistema

(1) La legge si contenta del *giuramento* dell'offeso: prestato il quale il giudice di pace rilascia al *constable* un ordine chiamato *Warrant* d'arrestar l'accusato, e perquisire le carte, o altri oggetti che possono servire a convincerlo. Cottu *De l'administrat. de la just. en Anglet. chap.* 2. *pag.* 33.

(2) La giustizia criminale si amministra in Inghilterra nel nome del Re. Ogni causa comincia da un proclama, che un agente della forza pubblica fa al piccolo *Jury*, dicendo agl'individui che lo compongono esser destinati a giudicare il processo tra il *sovrano*, e il *prigioniero*. Cottu *De l'administr. de la just. en Anglet. chap.* 3. *pag.* 65. Nell'opera *A treatise of police of Metropolis* citata nel *lib.* 3. *part.* 3. *pag.* 332. *not.* 2 si osserva che gli ufficiali della forza pubblica non possono arrestare se non nel caso di sorpresa in flagrante.

(3) La influenza del principio religioso è visibile in molte parti del processo accusatorio. Ant. Math. *De criminib. ad lib.* 48. Dig. *lib.* 48. *tit.* 13. *cap.* 8 *num.* 2. cita i luoghi di Livio, di Cicerone, e di Asconio dai quali è provato l'uso del giuramento della calunnia e lo rigetta poi come reso inutile della iscrizione. Pare, che l'uno, e l'altro atto abbiano avuto epoche diversa: che il giuramento fosse in uso allorchè il processo accusatorio era in tutta la sua purità, a che la iscrizione fosse introdotta sotto gl'Imperatori per frenare l'audacia de'delatori, che essi accarezzavano da un lato, e dall'altro punivano. Alcuni riget-

era, che la prova restava tutta a carico dell'accusatore nè la società prendeva parte veruna all'esame della sua sincerità. Il processo inglese adottò un diverso principio, il quale lo divise dal processo accusatorio antico per modo, che dall'accusa in poi l'uno, e l'altro divennero due cose essenzialmente diverse.

Il reo ed i testimonj a Roma non furono interrogati se non innanzi ai giudici, che doveano decidere della causa: in Inghilterra il reo è interrogato dal giudice di pace avanti al quale è tradotto (1): i testimonj sono interrogati da lui, e quindi dal *grande Jury* (2): ed in segreto sempre prima d'esserlo innanzi al *piccolo*. La legge inglese ha collocate nel *Jury* d'accusa tutte le guarentigie, che la legge romana avea poste nella *iscrizione del delitto*, ma con questa istituzione ha lasciato senza verun soccorso il reo nel caso possibile di calunnia del suo accusatore: almeno in quanto dipende dall'esito del giudizio (3).

lano il giuramento dell'accusatore perchè deve addurre prove più chiare della luce. Julii Frider. Malblanc *Doctrina de jurejurando e genuinis legum, et antiquit. font. illustrata Norimbergae* 1781. *lib.* 3 § 43. S'introdusse poi una parità di dritto tra il giuramento, e la iscrizione, assolvendo l'accusator pubblico da quello come era assoluto da questa. Il legislatore Toscano abrogò il primo, e ripristinò la seconda. *Cod. Leopold. art.* 7.

(1) Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 2. *pag.* 34.

(2) Cottu *Op. cit. chap.* 3. *pag.* 67. È un principio della legge inglese, che niun uomo può esser condannato se non che coll'assenso di ventiquattro de' suoi concittadini: dodici formanti la *maggiorità del grande Jury*, dodici la *unanimità del picoolo*.

(3) Il giuramento della calunnia, e le sue conseguenze sono adottate

I due processi divengono ancor più tra loro dissimili nelle liste, dalle quali scelgonsi i giudici, nel modo della scelta, nel lor numero, e nella loro ricusa. Lo stato non aveva a Roma alcuna influenza nella formazione delle liste dei giudici come l'ha in Inghilterra nello Sherif autorità dipendente dal governo (1): i giudici erano estratti a sorte non scelti dal cancelliere (2): il loro numero era mostruoso al confronto de' *dodici* che in Inghilterra conoscono, e decidon la causa: la ricusa era più libera onde i giudici rivestissero la qualità di arbitri tra le due parti, mentre in Inghilterra la legge si contenta che della sorte del reo decida il giudizio del paese al quale appartiene (3).

Non intervenendo nel processo accusatorio la società, essendo esso al pari del giudizio civile una guerra tra l'attore, ed il reo, la confessione dell'accusato dee farlo necessariamente cessare. Se la legge inglese designa o le cagioni o gli effetti della confessione dell'accusato con nomi diversi da quelli, che il dritto romano adottava, le conseguenze sono le stesse nell'uno e nell'al-

in Scozia, come osserva Davide Hume, che è il Blackstone di quel paese. *Commentaires on the laws of Scotland respecting crimes* 2. *ed. Edimbourgh* 1819.

(1) Cottu *De l'administrat. de la justice en Angleterre chap.* 3. *pag.* 45. 46.

(2) Cottu *Ibid. pag.* 61.

(3) *Trial by the country, trial by pays, per patriam, judicium terrae*, Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol.* 2. *pag.* 164.

tro processo, e in Inghilterra come a Roma procede la massima che de' *confessi* si dee prender supplizio (1).

I Romani più vicini alla infanzia della società che gl' Inglesi nol sono ravvisarono nel processo penale una guerra tra l' accusatore, ed il reo, ma grado a grado la convertirono in un' azione drammatica, nella quale il reo con quanto poteva intenerire, e commuovere il giudice, non ebbe la minor parte: la più splendida ve l' ebbero gli oratori, dal che avvenne che il Foro di Roma in preda allo scetticismo della nuova accademia fu un campo di battaglia nel quale la forza della parola, e gli strattagemmi retorici spesso decisero della vittoria.

Il processo inglese offre ad ogni atto l'austero linguaggio della religione, e della *coscienza*, e lo scopo, non che la lusinga, di giungere a toc-

(1) Il Cancelliere domanda all'accusato se vuol discutere *guilty*, o *not guilty*. Se l'accusato si decide per il *guilty*, lo che equivale a confessare il delitto, il Cancelliere, il Carceriere, gli Avvocati anco quello del *prosecutor* lo esortano a correr l'evento dell'assoluzione. Se egli persiste è ricondotto alla prigione, e sulla sua sola confessione mandato al supplizio. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 3. *pag.* 75. Il reo confesso si considera come colpito dalla *mano di Dio*. Aignan *Histoire du jury chap.* 18. Merita d'esser letto il commovente ragguaglio di due giovani marito e moglie, i quali accusati alle assise di Old Bailey di avere scientemente spesi biglietti della banca falsificati discussero *guilty*, e fra le lacrime dell'uditorio furono mandati al supplizio. Prevost *Annal. de legisl. etc. vol.* 3. *p.* 34. *num.* 19. Alle assise di Strafford nel 1796. Wiliam Cafferel accusato di furto con effrazione nella casa del sig. Forman di Handsworth si ostinò a discutere *guilty*. Niuno ne lo potè dissuadere finchè il giudice non lo minacciò di farlo impiccar nell'atto. Allora si determinò a discutere *not guilty*: andò innanzi il processo, e fu assoluto.

care il *vero assoluto* (1). Laonde un consesso tenuto per decidere della sorte d'un reo è una specie di pubblico raccoglimento, dal quale ogni menoma cosa che possa avere il carattere di drammatica è severamente bandita. Il reo non mostra agli spettatori la faccia, ma volta loro le spalle: i difensori non v'intervengono se non all'effetto d'interpellare i testimonj o all'oggetto di far loro meglio esprimere il vero, o a quello di convincerli colle loro stesse parole di falsità: il reo non parla, non si appassiona, e per meglio dipingere la sua vera situazione è stato paragonato a un cappello sopra un bastone (2). L'accusatore non declama, non inveisce, non si sforza di eccitare le *antipatìe* pubbliche contro di lui (3).

Il processo inglese volge affatto le spalle al romano nelle attribuzioni de' giudici limitate, e circoscritte nell' uno come onnipotenti furono nell' altro.

In Inghilterra non è il governo democratico come era a Roma in gran parte. Essendo la costituzione dello stato monarchica è stato necessario

(1) *Veredictum* chiamasi la sentenza del *Jury* secondo l'antica formula, Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv.* 3. *chap.* 11. cosa altrove avvertita da me. Il deposto del testimone è chiamato con frase legale *evidenza*, Cottu *Op. cit. chap.* 3. *pag.* 91. La formula, che la legge dirige ai giurati è che essi debbano giudicare secondo la loro *coscienza*, e la *verità*. *Ibid. pag.* 88. Il grande *Jury* dichiara *vera* l'accusa. *Ibid. pag.* 74. Tutto si esprime col tuono assertivo, e dommatico dell'accusa.

(2) Cottu *Op. cit. chap.* 3. *pag.* 109.

(3) Cottu *Op. cit.*

adottare temperamenti, i quali rappresentino la divisione de' poteri, e quanto al giudiciario adottarne uno onde fissare se esso spettasse al sovrano, o risiedesse nel popolo. La questione sarebbe stata ardua, e difficile ad esser composta, ma l'addita decisa la storia informandoci, che essendo stata concepita la questione penale divisa ne' suoi elementi di *fatto*, e di *dritto*, la decisione di quelli fu conferita al *popolo*, e la decisione di questi fu conferita al *sovrano*.

Di qui la distinzione del *vereditto generale*, e dello *speciale*: il primo contenente la risposta a tutte le questioni che l'accusa presenta: il secondo esprimente risposta sopra i fatti specifici rilasciando ai giudici del dritto il decidere o sul *titolo* del delitto, o sul vario grado di *forza morale*, con cui fu commesso (1). È tale e sì fortemente scolpita nella legge questa divisione del fatto, e del dritto, che l'accusato, o assoluto, o condannato che sia, resta sempre a disposizione del Re e del suo consiglio (2).

Il modo di sentenziare è il punto che in un processo decide se esso sia una mera e pretta combinazione di forze, o sia piuttosto una razionale combinazione.

Il gran numero de' giudici a Roma, e la mas-

(1) Cottu *Op. cit. chap.* 3. *pag.* 103. Blackstone *Comment. on the laws of Engl, b.* 3. *chapt.* 23. *pag.* 377. De Lolme *Constit. d' Anglet. lib.* 1. *cap.* 1. *pag.* 168. Il signor Meyer non dà giusta idea dello *special veridict. Esprit, origine etc. des instit. judiciair. liv.* 3. *chap.* 10. *pag.* 150.

(2) Cottu *Op. cit. chap.* 3.

sima almeno la più generale, e costante di far dipendere la sentenza dalla pluralità de' suffragj mostrano il criterio della forza, non essendo bisogno d'alcun ragionamento per intendere che uno non può resistere a due (1).

Il potere, di cui a Roma goderono i giudici di colpire colla pena o d'assolvere il reo rese inutile la separazione della questione di *fatto* da quella di *dritto*: la indivisibilità della pena stabilita dalla legge rese del pari inutile il porre la questione in un modo piuttosto che in un altro alla decisione de' giudici; e risparmiò le dispute, che in seguito vennero suscitate sul modo di computare i suffragj qualora nel medesimo consesso di giudici le opinioni si fossero divise per specie diverse, e per diversi gradi di pene (2).

(1) Niccolò Machiavelli *Disc. sopra Tito Livio lib.* 1. *c.* 7. intese il criterio della forza nella maggiorità. La giurisprudenza del calcolo di Minerva, o la massima che in parità di suffragj dovesse dirsi il reo assoluto sembra non esser più antica del secolo d'Augusto in Roma. Beaufort *La rep. rom. vol.* 4. *pag.* 298. Il Boeclero, il Gronovio si son fatti a confutare il Meursio, il quale dice che Minerva nella causa d'Oreste gettò nascosamente un suffragio onde formare la parità, sostenendo che la Dea rompesse la parità aggiungendo il suo suffragio a quelli dell'assoluzione. Il Barbacovi *Della pluralità de' suffragj ne' giudizj criminali cap.* 2. refrica questa disputa archeologica non scorgendo che non si tratta d'un fatto storico, ma d'un principio adottato dalle leggi Ateniesi qualunque fosse il primo suo istitutore, o il modo con cui fu istituito.

(2) Questa ultima questione si manifestò, divenute le pene arbitrarie, e dopo che fu sentita la necessità di modulare la pena al diverso grado di forza morale con cui era stato commesso il delitto. I retori ne fornirono i primi esempj. Ne dà cenno Gellio *N. A. lib.* 14. *cap.* 15., quindi Quintiliano *Declam.* 365., in seguito Plinio *Epistol lib.* 8. *ep.* 14. La disputa fu rinnovata da Grot. *De jur. bell. et. pac. lib.* 2. *cap.* 5.

Tutte queste questioni nascevano dalla maniera con la quale erano state costituite le attribuzioni di chi dovea conoscere, e decidere la controversia penale, e cessavano tutte ove il giudice era costretto a seguire nel modo di conoscere un metodo dalla legge in lettera determinato, e nel modo di decidere una regola dalla legge stessa e nella guisa medesima prestabilita.

La divisione del giudizio del fatto dal giudizio del dritto inerente al processo accusatorio moderno, la cui origine si perde nelle tenebre della età di mezzo, trà le quali ebbe quel processo la cuna, non potè essere suggerita nè per la epoca, alla quale appartiene, nè per la sua critica indole da razionali motivi. Fu altrove osservato, che la materia del giudizio penale in tutta la sua estensione, ed in tutti gli elementi che la compongono presenta oggetti di fatto, ed oggetti di dritto per tal modo tra loro intimamente connessi, che non è forse dato a ingegno umano di tentarne una sodisfacente separazione (1). Nè il solo dritto compenetra a così dire nelle materie del giudizio penale il fatto per modo, che senza aver perizia di quello non sia dato ben giudicare di questo, ma spessissimo avviene che la perizia

§. 17, e da Puffendorf *De jur. nat. et gent. lib. 7. c. 2. §. 18.*: discussa poi con impegno maggiore dal Wolf, dal Cramer, e da altri fino al Barbacovi *Della pluralità de' suffragj ne' giudizj criminali*, il quale non vi portò maggior lume, non distinguendo in qual sistema di giudicare potesse affacciarsi. Sensatamente ne scrisse il Lampredi *Jur. pub. univ. theorem. part. 1. cap. 15. §. 1. art. 5.*

(1) Ved. il *cap. 6. di questo libro*.

d'un'arte sia necessaria a qualificare con rettitudine lo stato d'un fatto (1), e che per non confondere con pericolo della innocenza un oggetto coll'altro sia necessario di procedere con metodo analitico incompatibile certamente col sintetico, il quale nel sistema del processo accusatorio o sia antico, o sia moderno purchè accusatorio esser voglia, presenta tutti insieme ed in massa i mezzi di prova (2). Forse è questo il vero, e nascosto motivo delle imperfezioni inerenti al *Jury*, che tutti gli scrittori generalmente concordano, niuno avendo ancor suggerito il mezzo per farle cessare (3).

(1) Il *Jury* non ammette verificazione di materiale per via di relazioni, o perizie. Tutto in esso si risolve nella prova testimoniale. Cotta *loc. cit. pag.* 92. Ved. qui addietro a *pag.* 141. *n.* 2.

(2) Alle assise di Lincoln era un accusato per furto di pecore, delitto capitale in Inghilterra. Il pastore proprietario derubato si dichiarò capace di riconoscere le sue pecore al loro *contegno*. L'avvocato del reo si oppose a questa recognizione. Il giudice Buller disse di aver udito in altro processo un uomo dichiarare che *conosceva le sue pecore al loro viso*. Il *Jury* dichiarò convinto l'accusato, che fu mandato al supplizio. Bibliothéque Britannique *Liter*. 1796. *vol.* 3. *varietes pag.* 136.

(3) La difficoltà è concordata da Aignan *Histoire du Jury chap* 34. 35., nè si sà come egli nella bile che lo domina contro al dritto scritto l'attribuisca ai giuristi *chap.* 35. *in not.* È pur concordata dal Meyer *Esprit, origine etc. des inst. judiciair.*, il quale per toglierla progetta che si proponga la questione *in blocco*, vale a dire che si salti la difficoltà, e si lasci sussistere. Quanto alle imperfezioni della istituzione basterà citare il signor Meyer che ne è il più grande, e caldo encomiatore d'ogni altro. Egli confessa, che spesso i *Jurys* meglio costituiti si sono ingannati. *Esprit, origine etc. des instit. judiciair. vol.* 5. *p.* 385. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 8. dà la storia delle dispute che nella Prussia Renana si fecero pro, e contro al *Jury*, e ai §§. 15. 16. enumera i difetti della istituzione per modo però che se

La più probabile ragione storica della divisione della questione del fatto, e del dritto è forse la responsabilità, che i circondarj comunali aveano presso ai popoli della Germania, e quindi presso gli Anglo-Sassoni verso il superiore politico di tutti i danni che l'offesa dell'ordine arrecava nel loro distretto (1). Se la più probabile origine del *Jury* è questa, facilmente s'intende che il giudizio del paese interessato a rintracciare il colpevole, che aveva altrui danneggiato, doveva essere limitato al fatto soltanto, spettando al superiore politico il dritto di costringere il colpevole al pagamento del danno, o di sottoporlo in caso d'insolvenza a una pena afflittiva di corpo (2).

emendar si volessero la istituzione resterebbe distrutta. La disputa sulla preferenza da darsi al giudice popolare, o al giudice giureconsulto si riaccese più viva nell'opera del Bentham *De l'organisation judiciaire*, nella quale il suo espositore Dumont divenne suo vero confutatore. Ved. l'*Introd. pag.* 18. *n.* 2. 3. 4.

(1) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol.* 1. *pag.* 311. *et seg.* e *vol.* 2. *pag.* 171. *et seg.* ha colla erudizione e colla fina critica che gli son proprie seguite le tracce storiche di questo uso.

(2) Era questa la giurisprudenza in vigore. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic. vol.* 1. *pag.* 313. Questo ingegnoso, e dotto scrittore non trae dal principio della responsabilità del *vicus*, *markt*, *pagus* la origine della divisione della questione del *fatto* da quella del *dritto*, forse perchè sulle tracce del Montesquieu la credè praticata anco presso i Romani. Il Globig *Censura rei judicialis etc. loc cit.* §. 9. *in not.* sembra voler desumere la divisione del fatto dal dritto dai Romani fondandosi sull'uso del Pretore il quale giudice di dritto dava alle parti de' giudici che tra loro decidessero la questione di fatto. Egli non ha notato la differenza, che vi ha tra la partenza della questione dal giudice del fatto a quello del dritto, e la partenza dal giudice del dritto a quello del fatto.

Ma questa distinzione del giudizio del *fatto*, e del giudizio del *dritto*, a cui la ragione umana non compartirebbe forse il suo voto, è d'una corrispondenza ammirabile col dritto pubblico della città, il quale spesso si forma per modo da non poterne la ragione dell'uomo darne una spiegazione(1): la qual cosa più specialmente si manifesta nel giudizio del delitto politico, e per connessione in quello del delitto di stampa.

Il delitto ordinario come fatale alla individuale sicurezza di tutti ha in tutti un giudice egualmente interessato a reprimerlo. Il giudizio del delitto politico ove delle materie politiche è libera la discussione trovasi implicato spesso in gravi perplessità. Nella monarchìa mista il potere del principe, e quello del popolo sono due rivali l'uno sempre in presenza dell'altro, nè il giudizio penale ammette il temperamento d'un potere aristocratico il quale serva, come si crede, all'uno ed all'altro di equilibrio, e di pernio. Se il potere politico è diviso tra il principe e il popolo, nelle materie politiche il poter giudiciario dee perdere la sua unità razionale e tra l'uno e l'altro dividersi dando ad uno il giudizio del fatto ed all'altro il giudizio del dritto.

Può essere una ricerca storica di non lieve interesse il rintracciare come al numero di *dodici* fosse fissato quello de' giudici nel *Jury* (2), ma

(1) Vedasi la Ciceroniana epigrafe del libro primo.

(2) Blackstone con molto senno ravvisa le storiche origini del *Jury* avvolte nella impenetrabile nebbia de' tempi. *Comment. on the laws of*

la critica, la ragione, e la giustizia possono dichiararsi senza lor danno indifferenti a questa ricerca. La critica, la ragione, e la giustizia hanno un grande interesse a ponderare come in quella forma di giudizio penale la decisione dipende dalla perfetta unanimità de' suffragj: istituzione unica nelle legislazioni d' Europa, sulla cui origine storica varie, fluttuanti, ed incerte son le opinioni (1), e che ha potuto apparire indifferente cosa a chi non meditò con sufficiente ponderazione i problemi, alla retta soluzione dei quali ha la sicurezza individuale un grande interesse (2).

Tra le tenebre che ingombrano la storica origine del *Jury* un barlume di luce sembra render certo, che questo istituto sorgesse dall' uso ge-

Engl. loc. supr. cit. Globig *Censura rei judicial. loc. cit.* ripete il numero *dodenario* dai giudizj dell' ereopago, notizia de' queli è difficile supporre tra gli Aoglo-Sassoni. Dagli scrittori sacri della religione nostra si raccoglie essere stato il numero *dodici* simbolo di perfezione. S. August. *Enarrat. in psalm.* 49. *p.* 450: *num.* 9. *in psalm.* 103. *p.* 1150. *num.* 2. *in psalm.* 108. *p.* 1222. *num.* 10.

(1) Il sig. Rulhieres *Histoire de l' anarchie de Pologne*, citato da Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic.* in due luoghi *vol.* 1. *pag.* 53. *in not.*, *e pag.* 397. crede aver trovate le tracce della unanimità nelle assemblee generali dell' antica Germania, opinione che il signor Meyer non approva.

(2) Questa opinione è professata da Henr. Cock *Commentatio de judicio juratorum, Lugduni Batav.* 1821. *pag.* 15. Ma questo d' altro lato eruditissimo giovine non he a dir vero considerato il *Jury* nel critico, e giuridico punto di vista nel quale come metodo giudiciario merita d' esser discusso. Nè sò come gl' Inglesi i queli collocano l' *essenza* del *Jury* nella unanimità e la mettono ella pari della loro *costituzione* abbiano udito, che il sig. Meyer la consideri *una vana formalità*. *Esprit, origine etc. liv.* 3. *chap.* 10. *pag.* 163.

nerale de' *compurgatori*, o *giuratori* del medio evo (1). Dall'attestare con giuramento d'un fatto, essendovisi trovato presente chi ne attesta, e ne giura la verità, al giudicarne secondo la propria coscienza sulle prove che se ne hanno non essendovisi trovato presente chi ne dee giudicare il passo è facile, e breve. Ma siccome il fatto è nell'alternativa o d'esser vero, o d'esser falso, nè i testimonj, che vi si trovaron presenti e ne ricevettero le impressioni possono averle differenti tra loro, si può congetturare che, sostituiti ai testimonj i giudici, questi dovessero essere unanimi nel giudicare come quelli dovettero essere unanimi nell'attestare. A ciò si aggiunga la religione del giuramento, con cui la legge volle astringere i giudici, il quale essendo di sua natura individuo (2) così individua doveva essere l'asserzione di chi giurava, e dodici essendo i

(1) Bexon *Developpement de la théorie des loix crimin. etc. vol.* 1. *chap.* 11. §. 4. *pag.* 403. Le più verisimili origini storiche d'una istituzione nata in tempi d'ignoranza, e barbarie son quelle, che si traggono dalle opinioni religiose de'tempi ai quali si riferiscono. È stato osservato qui addietro a *pag.* 23. *n.* 1. come la prova per duello esiste tuttora nella istituzione del *Jury*. L'annotatore inglese al Cottu *Annal. de legislat. vol.* 3. *pag.* 17. *not.* 9. osserva, che avanti l'apertura della sessione destinata a giudicare degli accusati i giudici assistono a un solenne servizio di Chiesa, e ascoltano un sermone adattato alla circostanza.

(2) Bald. *In cap* 1. §. 1 *num.* 3. *de controv. invest.*, Aym *Cons.* 201. *num* 17. Grammat. *Cons.* 125. *num.* 14., De Franch. *Decis.* 133. *num.* 6. Sembrerà a taluno bizzarra cosa, che autori di questa tempra si trovino mischiati tra le indagini sul *Jury*. La indole indubitatamente religiosa in parte di questa istituzione autorizza a citare autori, che per la età nella quale scrissero, e per i principj che professarono conobbero assai bene la giurisprudenza, che erasi generalmente introdotta onde spiegare la indole, e gli effetti del giuramento.

giudici giuratori individua non poteva essere l'asserzione loro se unanimi non ne fossero stati i suffragj (1); nè dee recar meraviglia che questa intellettuale individuità abbia suggerito alla legge l'espediente di mezzi coattivi atti a farvi piegare la volontà di giudici giuratori (2).

Può esser questa la più o meno verisimile storia naturale della unanimità de' suffragj in quanto ella può rappresentare il natural risultato delle idee, e delle opinioni d'un oscuro e rozzo periodo della civiltà umana nella sua applicazione al giudizio sulla verità, o sulla falsità d'un fatto dall'accusatore asserito. Ma da' moti o della sensitiva, o della men culta natura dell'uomo la sua

(1) Blackstone *Comment. etc. b* 3. *chapt* 23. si contenta di dire che la *unanimità* è particolare alla *costituzione inglese*; Chomprè suo traduttore *vol.* 5. *pag.* 53. *not.* 1. si avventura a indagare la origine di questa unanimità, e confondendo il numero de'suffragj del *grando Jury* con quelli del *piccolo* dice che il voto della legge era quello di avere il numero di *dodici dalla pluralità*. È stato osservato qui sopra, che il voto della legge è quello di avere *ventiquattro* suffragj. Ma questo scrittore erra sulla storia del grande Jury. Ne'più remoti tempi esso era composto di soli dodici giudici, in seguito poi il numero ne fu aumentato forse per render più facili le decisioni, sull'ammissione, o non ammissione dell'accusa. L'annot. al Cottu *loc. supr. cit. pag.* 27. *not.* 15.

(2) Se i giudicanti non si sono trovati unanimi nel tempo della sessione, i giudici reali *judices itinerentes*. Meyer *Esprit, origine etc. vol.* 2. *pag.* 192. possono farli trasportar dietro a loro sopra un carro di città in città ove le loro incombenze gli chiamano. Blackstone *loc. cit.* s'ingegna di giustificare questa specie di violenza coll'autorità della Bolla d'oro. Ma nel medio evo quest' uso di ridurre un consesso di giudici, o di elettori a decidere cogli stimoli della fame, della sete, e del freddo era assai generale. *Cap. ubi periculum* 3. *de elect. et elect. potest.*, Rinaldi *Annali Ecclesiastici vol.* 3. *an.* 1274., Dal Borgo *Dissert. d'Istoria Pisana diss.* 8. §. 35 *not.* 1.

ragione, sebben per una non breve serie di deduzioni, di confronti, o di esami, giunge a scorgere le combinazioni necessarie alla sua sicurezza come a quella della società alla quale appartiene (1).

Gli antichi, imbevuti di men rette idee sulla natura dell'uomo per l'effetto della domestica, e politica schiavitù che era il domma fondamentale delle loro civili e politiche istituzioni, poterono nel giudizio penale abbandonar la sorte dell'accusato al capriccio, e alla forza de' suoi eguali ne' giudici. La ragione umana, abbracciando colle proprie contemplazioni non un ceto d'uomini ma la umanità, dovette comprendere, che una regola da lei concepita, e ridotta in forma di legge poteva sola decidere della sorte degli accusati. La intima convinzione dell'uomo, che in un secolo d'ignoranza era l'unico calcolo delle probabilità, divenne come pur divenir doveva in una riunione d'uomini destinati a decidere della sorte dell'accusato una *probabilità;* nel qual sistema se gl'individui componenti il collegio formarono altrettante separate e distinte probabilità, la riunione di tutte o per l'assoluzione o per la condanna poteva sola rappresentar la *certezza:* perocchè la certezza altro esser non può se non il complesso di tutte le probabilità che una data combinazione, un com-

(1) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 2. *pag.* 37. *cap* 3. *pag.* 48.

plesso qualunque di certe determinate circostanze può dare (1).

Non è dunque nel *Jury* la unanimità de' suffragj qualunque esser possa il modo, ancorchè prepotente e tirannico con cui la legge la esige dai giudici che lo compongono, una istituzione di poco conto, venuta a caso tra gli uomini, e tale che essi la possano a lor capriccio abbandonare se vogliono sostituendovi o il criterio della maggiorità precisa, o quello de' due terzi, o quello che ne' due terzi sembra mostrare un desiderio semplice della unanimità (2). Questa istituzione è essenziale, caratteristica del *Jury:* perocchè ella è la formula colla quale la legge, che solo può e dee decidere della sorte dell'accusato, esprime la propria morale certezza qualunque esser possa quella dell' uomo nel giudice.

Nella legge della unanimità de' suffragj consiste appunto la capital differenza tra il processo accusatorio moderno, e l'antico. Fossero pur numerosi i collegj de' giudici degli antichi: quando la credibilità della prova dipendeva dall' o-

(1) Sopra altri critici dati ma co' risultati medesimi ragiona della necessità della unanimità de' suffragj nella questione del fatto il Consiglier Sonnenfels *Sopra la maggioranza de' voti nelle cause criminali* §. 4. Memoria ingegnosa, alla quale non è da paragonarsi l'altra gravissima del Barbacovi *Sulla pluralità de' suffragj ne' giudizj criminali*.

(2) A certi effetti il dritto canonico esige i *due terzi* de' voti ma col dritto di *accedere* mostra il suo desiderio della unanimità. *Text. in cap. liceat 6. de elect. X.*

scùro indefinibile dato della intima convinzione dell' uomo un sol giudice dissidente da tutti gli altri formava una probabilità contraria alla verità de'lor riuniti suffragj: il giudizio era in questo stato deciso dal capriccio degli uomini non dalle regole critiche della certezza: la sentenza era una forza umana non una forza legittima.

CAPITOLO XV.

Difetti del processo inquisitorio, e tentativi fatti in Toscana per emendarli.

Ove il popolo non può esser ammesso ad esercitare o in tutto o in parte il poter giudiciario, e dove l'autorità sovrana non ha altro temperamento a se stessa che il nobile e grande pensiero della più retta amministrazione della giustizia non vi può, nè vi dee esser forza la quale si spieghi da uomo ad uomo senzachè una regola dalla legge fissata sia il titolo della sua azione. Questo pensiero animò, e diresse il legislatore Toscano allorchè nella sua gran mente accolse, e maturò il progetto d'una riforma della giustizia penale nel suo paese. E poichè questo problema dal solo processo inquisitorio può essere sciolto, il legislatore Toscano disposto come pur era a fare alla umanità, ed alla giustizia qualunque sacrifizio, che la lor santa causa avesse potuto prescrivere, dette la preferenza a quella forma di giudizio penale.

Sia che la forma monarchica del governo per una di quelle forze della natura che spesso nelle cose pubbliche vince quella della ragione umana (1) meglio d'ogni altra sodisfi ai politici bi-

(1) Ved. qui addietro a *pag.* 249. *not.* 1.

sogni degli uomini, o qualunque altro esser ne possa il motivo, la teorìa del poter giudiciario non ha termini di applicazione senza scomporsi, e senzachè i suoi elementi si trovino in contradizione tra loro se non in una delegazione, che l'autorità, a cui compete nel suo primitivo concetto, fa del suo esercizio ad uomini già preparati e disposti per la loro educazione e pe' loro studj ad usarne nel solo suo scopo, ed altro delle lor forze private non mescolandovi se non le necessarie ad applicar la legge ai casi, che ella ha contemplati. In questo sistema l'autorità della legge garante della giustizia quasi dall'alto al basso, dal sovrano al suddito ed al cittadino discendendo forma quel precetto comune quel vicendevole patto che unisce insieme i membri tutti d'un'associazione politica (1).

Il processo inglese dimostra due cose: primieramente, che una serie di fortunate abitudini in chi lo guida può fornire le guarentigie, che in esso la legge non dà: che vi è un punto in cui la legge diffidando dell'uomo vuole che la sorte del reo dipenda da una combinazione, che ella sola ha anticipatamente prescritta.

Il processo inquisitorio nella sua primitiva origine presupponeva in chi lo conduce quasi un sovrumano spirito di verità, e di giustizia; e forse vi fu un tempo, nel quale questo processo fu da quello spirito unicamente animato. Il punto nel

(1) Dig. *Lib.* 1. *tit.* 3. *l.* 1.

quale la legge non si fidò dell'uomo, e volle ella stessa decidere della sorte dell'accusato fu quello della condanna, titolo della quale ella volle che fosse una prova nella cui tempra il privato raziocinio del giudice non avesse parte veruna.

È questo il punto, nel quale sebbene per vie diverse i due processi si ricongiungono, e sono animati dal voto medesimo.

Ma tutto si corrompe, e si guasta tra le mani degli uomini. La inconseguente e barbara giurisprudenza della tortura, connettendosi colla interrogazione del reo, e del testimone, convertì il processo inquisitorio in un istrumento di tirannìa, ed alterò il suo vero criterio: nè vi fu più mezzo onde discernere se gl'investigativi suoi metodi si dirigessero alla scoperta del vero, o piuttosto ad estorcere la confessione di quel che il giudice bramava che fosse il vero. Ma la tortura, nata dalle passioni, non fu senza vantaggio per la ragione ponendo in evidenza i difetti di un processo a cui erasi come pianta parasita innestata. Quanti non sono gli scogli, la scoperta de' quali è dovuta ai naufragj!

Il processo inquisitorio ha per la sicurezza pubblica il grande vantaggio di muoversi senza bisogno d'accusatore, e per la sola forza de' fatti, i quali costituiscono la offesa dell'ordine. Ma questo vantaggio ha allato a sè il danno gravissimo di lasciar l'innocente investito sopra apparenze ingannevoli dall'uffizio del giudice senza riparo: non essendo contro l'uffizio del giudice

proponibile l'azione della calunnia. Il legislatore Toscano volendo conciliare i vantaggi della ricerca d' uffizio, e la riparazione dovuta alla innocenza o erroneamente, o maliziosamente perseguitata ordinò, che in tutti i processi dovesse essere il libello del privato, o del pubblico accusatore all'effetto di sottoporlo alle conseguenze della calunnia a prò dell'imputato (1). L'accusa in questo sistema non è l'atto motor del processo: l'uffizio del giudice lo regola sempre, ma quanto alle prove si contenta di ricevere quelle che l'accusatore fornisce, e se trova debole e imperfetta la prova si contenta di assegnar termini all'accusatore onde ne fornisca se ne ha (2).

Nel suo primitivo getto l'inquisitorio processo è l'opera d'un solo giudice, che lo deve colla sentenza esaurire: abusivo sistema perchè investe un uomo d'uno smisurato potere, e perchè dà a lui la facoltà di dichiarare colla sentenza regolare, e legittimo ciò che egli fece compilando il processo. Il legislatore Toscano ha distinta la compilazione degli atti dalla lor decisione: incaricando della prima un *ministro processante*, e della seconda più *giudici decidenti* (3).

(1) Cod. Leopold. *art.* 1. a cui non deroga l'*art.* 3. il quale parla dell'adesione della *parte offesa*. Poco rileva che il Paolelli spieghi altrimenti. *Istruz. per compilare i proc.*, e nelle *Instit. theor. pract. crimin. notion. theor. pract. pag.* 19. Il legislatore spiegò il proprio concetto da se medesimo. *Governo della Toscana sotto il Regno di S. M. il Re Leop. II. pag.* 12.

(2) Paolelli *Istruzioni per compilare i processi ec.* §. 12. *pag.* 63. A chi assegnare il termine se il solo uffizio del giudice ha introdotto, e guidato il processo?

(3) *LL.* 26. *Maggio* 1777., 22 *Aprile* 1784., 22. *Febbrajo* 1788., e

Dee sembrare a tutti esorbitante, e pericoloso lasciare il reo alla discrezione d' un *attuario*, e commettere la fede degli atti a un *testa-a-testa* perpetuo tra l' uno e l' altro. Fu già osservato esser questo un difetto inerente al processo inquisitorio, il quale così non facendo non potrebbe essere la investigazione analitica, che ne fissa il carattere. Gli oggetti morali e politici non concedono di essere esaminati o soli, o da un solo lato. Il processo accusatorio è quasi un ammasso di fila omogenee, o eterogenee che esse pur siano che la intima convinzione di più giudici ordisce in un tratto, e ne compone un drappo come meglio riesce. L' inquisitorio è una tela ordita ne' principali suoi fili, artistamente tessuta colle regole dell' analisi, nella quale il giudice ha da ravvisare ove l' attuario non le abbia fedelmente seguite, e la tessitura è tale, che se non se ne siano osservate le regole un occhio esercitato lo scorge a dispetto di tutto l' artifizio, e della più fina malizia del tessitore (1). Per tro-

13. *Settembre* 1788. Il Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *c.* 2. §. 38. mostra di non aver ben compreso lo spirito della riforma criminale del 1786. allorchè deplora la ignoranza degli *accusatori pubblici*, e suggerisce che essi ond' essere istruiti sulle prove da somministrare ricorrano ai Magistrati dell' *Uffizio Fiscale:* tanto è difficile alle menti più salde liberarsi dalle pregiudicate opinioni, che fanno nascere i *processi misti*.

(1) Vedasi quanto ne dice il Paoletti *Istruzioni per compilare* i processi *criminali da pag.* 11 *a pag.* 84. Senza la lettura di questo egregio lavoro analitico il processo Toscano non può essere ben conosciuto. Ma chi può parlare del Paoletti, e del Biondi *Opuscoli, Firenze* 1801. or che siamo o tratti fuor di noi stessi dai sistemi filosofici in *dritto*, o entro noi rannicchiati dall' impero della *coscienza?* Mi sia lecito riferir

vare un pericolo in questo metodo o conviene appartenere ad un tempo in cui l'arte di compilare, e di giudicare i processi è morta o è moribonda, o conviene non averne una idea, lo che più spesso accade in chi si fa censore di questo metodo. Se il processo inglese si regge sulle abitudini di chi lo guida, il Toscano non si regge meno su quelle di chi lo compila. Che se queste abitudini venissero disgraziatamente a mancare sarebbe difficile che il genio inventivo colle sue creazioni improvvise stampasse un processo, il quale col solo merito della invenzione divenisse modello da esser seguitato senza pericolo. Ma se l'uno o l'altro infortunio avvenisse mai il metodo toscano potrebbe solo restaurar le sue perdite perchè fondato sulla scienza risorgerebbe con lei, o avendo scritti, e stampati modelli ben presto tornerebbe al suo primiero splendore facendone rivivere la venerazione, e lo studio. Infelice sentenza la quale ha contro di se da un lato la facilità che in ogni uomo presenta la libertà di dirsi intimamente convinto, e dall' altro la difficoltà, che nella più parte degli uomini incontra il servaggio, a cui lo studio condanna sempre lo spirito.

Se non è intesa la guarentigia, che nella istru-

qui quel che l'insigne Bacone diceva a un giovine viaggiatore tornato in patria « *Illud in eo sit perspicuum quod mores patrios cum moribus exteris non commutaverit sed potius quod consuetudines patrias iis quas peregre didicit tamquam floribus asperserit* ». *Serm. fidel. num.* 18.

zione scritta offre la ricerca analitica (e per dimostrarla converrebbe scendere a tutti i ragguagli della sua pratica applicazione) saranno difficilmente intesi gli equivalenti, che il Toscano legislatore ha nel suo processo voluto fornire al confronto di qualsisia più liberale metodo giudiciario (1). Ma quasi egli, non contento di aver formate le morali, e scientifiche abitudini che doveano fornire la miglior guarentigia del suo processo, temesse i rimproveri del suo secolo, di cui egli era l'ornamento migliore, per aver ritenuto il segreto, la cui necessità era stata ben ponderata da lui, raddoppiò di zelo onde nel suo sistema correggere il vizio, che gli era inerente.

Il processo penale trovasi per la forza, e per la indole delle cose nella inevitabile alternativa o di tessere presto, e alla rinfusa la propria tela se vuole evitare il segreto, o di adottare il segreto se vuole la sua tela a regola d'arte tessuta. Il processo accusatorio non dà *tempo*, e il quesitorio non dà *campo* all'accusato di alterare i mezzi di prova che esistono contro di lui. Incontransi in alcune recenti leggi i tentativi fatti per conciliare la cautela della prova *analitica* e la maggiore possibile fedeltà nel raccoglierla. Alcuni scrittori hanno proposta l'assistenza del

(1) Non si stancò mai d'inculcare essere il processo istituito per cercare la *verità* non un *reo*. Cod. Leopold. *art.* 32. Circolare 13 *Luglio* 1782. §. 34. Aggiungansi i metodi insegnati dal Paoletti *Istruzioni per compilare i processi criminali* il disprezzo de' quali esponeva il *processante* al biasimo, e dava al reo titolo d'assoluzione.

difensore al *confronto* de' testimonj, e dell' accusato pendente la informazione (1). In un tempo, in cui tutta l'autenticità del testamento *nuncupativo* riposava sulla fede pubblica, che la legge concedeva a un notaro, si è potuto credere che altrettanto potesse farsi nell' esame de' testimonj, e del reo. È certamente desiderabile, che la legge imprima il carattere che per lei si può il più forte di autenticità a quell' atto: ma non è da credere che a tale effetto altro mezzo non siavi che quello di precipitare il processo penale in una specie di vortice in cui apparisce e sparisce in breve spazio di tempo, credendo che tutte le guarentigie di critica, e di giustizia sian fornite dal popolo che vi assiste.

Il processo inquisitorio come se fosse geloso delle conquiste fatte col suo segreto mostrava una ripugnanza invincibile a squarciarne una volta il velo (2). Il legislatore Toscano, formato appena il libello che colpiva l'imputato come autor del delitto, volle che gli atti compilati fino a quel punto avessero una piena pubblicità, e nel loro originale fossero al reo, e a' suoi difensori comunicati, onde a loro agio ne esaminassero, e ne censurassero la struttura. Il qual giusto, salutare, e generoso espediente era la più grande

(1) Poggi *Elem. jurispr. crim. lib.* 1. *cap.* 4. §. 80.

(2) Sotto il governo Mediceo la giurisprudenza, e la pratica erano ondeggianti, varie, ed incerte su questo proposito. Sabelli *Pratica universale nella prefazione*.

espiazione, che del segreto potesse fornire la legge (1).

Niente vi ha di perfetto nelle opere, che escono dalle mani degli uomini, ed ottimo è spesso quel che è meno cattivo (2). Il reo ed i testimonj nel processo accusatorio moderno sono l'uno una volta, gli altri due volte interrogati in segreto. La sola asserzione dell'accusatore ha deciso della perdita della libertà dell'accusato (3): la prova del *materiale* separata, e distinta dallo *speciale* non è una base inconcussa all'accusa (4). Le risposte del reo e de'testimonj qualora affatto libere state non siano posson pur formare un pregiudizio o maggiore, o minore a quel che debbon rispondere nell'esame pubblico della causa. Ma le interrogazioni nell'uno e nell'altro stadio della procedura sono sciolte, e libere da ogni analitica regola. Nel metodo del legislatore Toscano l'arresto del reo esige la prova del *materiale:* esige determinati indizj dello *speciale* (5):

(1) Cod. Leopold. *art.* 13.

(2) *Ille optimus est qui minimis urgetur* dissero gli antichi.

(3) Cottu *De l'administration de la justice en France chap.* 3.

(4) Vedasi qui sopra a *pag.* 88. *n.* 2.

(5) Questa regola fu in parte abbandonata dalla *L.* 30. *Agosto* 1795. la quale seguì la più severa sentenza del Baldo nel suo *Repert. verb. judex col. 2. vers. si judex crimin.*, e di Paolo di Castro compilatore degli statuti della Repubblica Fiorentina *Cons.* 328 *num.* 2. *lib.* 2. Dopo le dottrine del Baldo, e del Castrense sugl'indizj a *cattura* meritano d'esser lette le osservazioni del Bentham su questa materia medesima. *Traités de legislat. civ. et penal. vol. 3. part. 4 chap.* 115. *pag.* 115. 116.

ne' delitti la pena de' quali non eccede il confino, e sono i più, egli debb' esser citato, nè può essere catturato (1): se catturato egli debb' essere presentato al giudice immantinente (2) e tosto interrogato (3): le interrogazioni hanno il suggello della forma analitica, omessa la quale è nullo il processo, e sottoposto chi lo compila alle pene della prevaricazione (4): obbligato il processante a udire i testimonj che il reo nominasse nel corso della informazione, e a verificare qualunque prova offerta da lui (5): e ciò non pertanto il reo, pubblicato il processo, divenuto padrone degli atti scritti, che lo compongono, può inalzare una voce libera e franca a' suoi giudici: e può colla stampa dare alla propria opinione l' appoggio di quella del pubblico (6), e sindacare come più gli aggrada l'opera contro di lui costruita o *ripetendo* i testimonj a suo carico, o *inducendo* nuovi testimonj a proprio di-

(1) L'*art.* 15. della *Riforma del* 1786. ritiene a questo proposito la opinione di Antonio Matheo contraria a quella del Claro, ed esclusiva della cattura nel solo caso di pena pecuniaria. L'*art.* 18. torna ad abbracciare la più equa sentenza de' pratici. Il Nani non ha fatta avvertenza a questo ondeggiamento del dritto.

(2) Cod. Leopold. *art.* 17.

(3) Cod. Leopold. *art.* 31. non annotato nè dal Condorcet nè dal Nani.

(4) Paoletti *Istruzioni ec.* §. *XI.* ancorchè il delitto fosse commesso sotto gli occhi del giudice. Poggi *Elem. jurispr. crimin. lib.* 1. *cap.* 2. §. 44. ove osserva, che l'uso contrario insegnato dal Sanzio non è compatibile cogli *art.* 27. 28. della riforma.

(5) Cod, Leopold. *art.* 24.

(6) Una legge assai posteriore sottopose le difese criminali a stampa alla censura.

scarico (1): è invigilato lo stato delle carceri, e de'carcerati (2): ridotto a sistema il render conto dello stato de' loro processi (3), inculcatane la spedizione sollecita (4): ammesso il reo a difendersi anco contro la confessione da lui emessa negli atti (5): se non ha difensore gli debb' esser nominato d' uffizio (6): se processato ingiustamente indennizzato da una cassa, la quale dovrebbe venire in sussidio dell' insolvente autore del danno ad esso arrecato (7): i giudici, i compilatori de' processi sottoposti ad un sindacato allorchè lasciano il loro uffizio (8) nel quale lungamente non possono trattenersi (9).

La forza dell'uomo necessaria a somministrarla alla legge oltre all'essere dalla legge medesima regolata richiede la vigilanza dell' amministrazione pubblica, ond'è che niun processo potrà mantenersi imparziale se o la suprema autorità governativa, o uno spirito che una serie di felici e lunghe abitudini abbia infuse nella nazione non ne veglino l' andamento fedele. Il processo accusatorio moderno và schietto e leale al suo

(1) Cod. Leopold. *art.* 26.

(2) Circol. 11. *Gennajo* 1782.

(3) Cod. Leopold. *art.* 29., Circol. 20. *Decembre* 1775. Il Nani osserva benissimo, non aver potuto il legislatore prescrivere un determinato stadio di tempo al processo.

(4) Cod. Leopold. *d. art. circ. cit.*

(5) Paoletti *Istruzioni per compilare i processi ec.* §. 13 *pag.* 67.

(6) Circol. 13 *Luglio* 1782.

(7) Cod. Leopold. *art.* 45.

(8) Circol. 15. *Maggio* 1777.

(9) Istruz. 28. *Agosto* 1781. §. 78.

scopo per l'ajuto di queste forze, che divengon quasi alla legge ausiliarie (1).

Nel sistema del legislatore Toscano il segreto inevitabile alla indagine analitica della prova è stato circondato di guarentigie nel suo *ingresso*, nel suo *progresso*, e nel suo *egresso*. Le soperchierìe giudiciarie non si posson nascondere: perocchè troppi interessi stanno all'erta per scuoprirle, e denunziarle se accadono. Sarebbe certo una gran prova de'difetti del sistema adottato dal legislatore Toscano se una prevaricazione si potesse citare, la quale avesse avuta in quel sistema la sua causa, e la sua origine. Ma se nulla vi ha di sacro che la umana malizia non violi, e se le prevaricazioni s'incontrano anco ove il processo accusatorio è meglio, e più fortemente costituito (2), l'insistere sopra d'un apprensione, che niuna umana autorità può calmare, non è allegare contro un sistema legislativo argomenti i quali meritino confutazione (3).

Nel processo accusatorio moderno un accusa-

(1) La verità di quest'asserzione è provata da quanto osserva l'annotatore Inglese all'opera del signor Cottu *Annales de legislat. vol.* 3. *pag.* 32. *not.* 18.

(2) Le leggi inglesi hanno sanzioni per la prevaricazione possibile d'un intiero Jury. Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judic. liv.* 3. *chap.* 11.

(3) Il Poggi *Elem. jurisprud. crimin.* §. 80. *in not.* tenta di calmar le apprensioni sulla prevaricazione possibile del compilatore del processo con altre ragioni, 1. il niun lucro che esso trae dal processo, e dalle condanne, 2. la scelta che il governo ne fa, e la educazione che egli acquista nel suo tirocinio, 3. la regola che lo esclude dal compilare il processo se un suo parente in quarto grado vi abbia interesse.

tor violento, giovandosi della superiorità della propria situazione a confronto di quella del reo non declama contro di lui, la qual cosa deesi attribuire alla opinione d'imparzialità e di giustizia di cui godono i giudici (1). Il legislatore Toscano interdisse all'accusatore d'intervenire nella discussione della causa: non vi ammesse altra forza che quella dell' accusato: volle che le sue ragioni o pronunziate o scritte giungessero senza contradizione alle orecchie, ed alla mente de' giudici (2); e volle da' giudici un ragionato, e dottrinato motivo della lor decisione: monumento perenne o della verità o dell' errore del loro giudicato, o della scienza, o della ignoranza che avesse loro servito di scorta nel pronunziarlo.

Quanto più l'esame d'una causa penale si avvicina a quello della causa civile, ove il dritto scritto sia la regola di comune ragione, più è da lusingarsi che la decisione sia giusta. Se il giudice può valutare il fatto a suo modo: se egli ha dritto di valutare come presunzione della legge una semplice presunzione dell'uomo, la sua intima convinzione ingoja la giurisprudenza, e l'accusato perde la guarentigia, con cui la legge ha voluto proteggerlo. In Inghilterra è generale

(1) Questi sconvenevoli tratti de' declamatori per l'accusa sono ignoti in Inghilterra, e giustamente biasimati dal Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 3 *pag.* 91. 93. al confronto di quelli che cita. Osservazione già fatta qui addietro a *pag.* 243.

(2) Non ammesse neppure una parte civile a perorare la causa del suo pecuniario interesse. Cod. Leopold. *art.* 112.

opinione, che i giudici siano sempre, e costantemente propensi a favore del reo (1). È questo un sintoma del buon senso, dell'amore per la giustizia, e della indole generosa di quella nazione: del buon senso perchè chi non lo abbia affatto pervertito comprende, che la bilancia dee sempre piegare a favore dell'accusato: della giustizia perchè a dispetto di tutti i ragionamenti, che un erronea politica ha potuti inventare, la causa della pena sarà come fu sempre per se medesima odiosa: dell'indole generosa perchè cosa ha mai da temere una società fortemente costituita da un miserabile malvivente, il quale col cercar le tenebre per offenderla ha già mostrato temerla? Questo medesimo spirito animò il Toscano legislatore, il quale dichiaratosi inesorabile pe' condannati (2), volle che i giudici ragionassero sempre in favore de'rei: nè altro è in realtà la giurisprudenza se non una specie di controveleno con cui la scienza tempera, e mitiga quella inclinazione fatale, che spinge gli uomini a pensare sinistramente de' loro simili e a farli quasi loro schiavi coll' autorità della pena.

La decisione della causa penale colle scritte regole della legge è di sua natura incompatibile colla intima convinzione di chi giudica: la giurisprudenza può incontrare la convinzione nella legge, ma non può al giudice somministrarla:

(1) Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 3. *pag.* 94.

(2) Cod. Leopold. *art.* 119.

ella manifesta il convinto ma non si dice, sensatamente parlando, convinta. Dal che avviene che il processo inquisitorio ha l'animatore suo spirito, e il suo distintivo carattere nel non conoscere convinzione per mezzo d'indizj: perocchè questo modo di prova se convince il giudice non può mai dirsi convincere l'accusato, la cui sorte è nelle mani della legge non in quelle dell'uomo. Il legislatore Toscano fissò bensì il grado di rigore con cui poteva il giudice sentenziare nel caso di prova indiziaria, ma non la dichiarò, nè potea se esser voleva coerente a se stesso dichiararla un modo di convinzione legittima (1).

Tra il finire del secolo decimosettimo, e il cominciare del decimottavo le politiche vicende d'Italia, e il frequente passaggio di squadre straniere furono circostanze, le quali determinarono i governi della penisola a esasperare i loro sistemi penali. L'erronea massima che la facilità della prova è un mezzo efficace per aumentare il credito della pena (quasi la prova più facile e pronta sia la più certa e più vera), massima la quale è temprata al criterio del terrore, spinse alcuni governi, che aveano adottato il processo misto d'accusatorio, e d'inquisitorio, ad autorizzare i giudici ad applicare anco in caso d'indizj sulla loro intima convinzione la pena ordinaria (2).

(1) Cod. Leopold. *art.* 110.

(2) La prima a dare questo sventurato esempio fu la prammatica sanzione di Napoli del 20. *Decembre* 1621. Ma quella sanzione sarebbe forse rimasta nella oscurità se un Pontefice, che illustrò colla sua grande

La non meno erronea massima che uno stato per provvedere efficacemente alla sua sicurezza deve tenere il suo sistema penale al livello di quello degli stati limitrofi fece adottare in Toscana lo stesso espediente (1).

Disposizioni simili uscendo dalla sfera del dritto ordinario divenivano altrettante *leggi d'eccezione*, il destino delle quali è quello di vivere quanto le circostanze che le suggerirono. Allorchè il legislatore Toscano dettò la sua riforma criminale il paese da lui governato era in perfettissima calma: il numero de'delinquenti era prodigiosamente diminuito (2): la sua mente paga degli effetti felici d'un attento, e lungo esperimentare della dolcezza delle punizioni non potea concepire o idea, o motivo d'esasperarle coll'accogliere una prova privilegiata che tutto il suo sistema smentiva.

Una disputa giurisprudenziale (e tale è quella che si propone di fissare il vero senso d'un modo d'esprimersi, di cui si è prevalsa una legge) mal si addice a una legislativa teorìa. Ma quando fa duopo afferrar lo spirito d'un metodo giudiciario, che per la saviezza, e per la perfezione, che lo distinguono, ha meritato d'esser posto al confronto d'un altro che gli amici della

dottrina la cattedra di San Pietro, Benedetto XIV. non avesse adottata la massima nel suo *chirografo* del 1743. Gallucci *Ad De Amoeno observat.* 23. *num.* 3.

(1) *L.* 15. *Gennajo* 1744.

(2) Vedasi il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 4. *pag.* 150. *n.* 2.

umanità, e della giustizia considerano come il Palladio della sicurezza individuale, l'assunto non appartiene altrimenti alla giurisprudenza, ma diviene una delle più importanti, e splendide parti della scienza della legislazione.

Spesso gli oggetti, che ci son più vicini sono i meno ben distinti da noi. Tra gli scrittori, che illustrarono co'loro comenti l'opera del legislatore Toscano uno si distinse tra gli stranieri il quale ne seppe discernere il vero spirito (1), nè mancò tra noi chi avendo veduto nascere sotto a'suoi occhj quella grand'opera, e avendo avuta parte alla sua pratica applicazione sapesse ben giudicarne (2).

Ma a quell'epoca la massima caratteristica del processo inquisitorio e contraria alla prova piena e perfetta per mezzo d'indizj era riputata giurisprudenziale non legislativa, adottata dai pratici meno istruiti nella retta interpetrazione del dritto romano, e perciò men degna d' esser seguìta da chi professava studj più elevati, e più culti. Lo spirito del secolo inalzavasi a cose più grandi sebbene d'indole indeterminata, e forse indeterminabile. Il grande Beccaria occupato a fissare i veri limiti distintivi della morale, e della legislazione: meditando la più vera nozione dell'offesa della sicurezza sociale: rivolto a combat-

(1) Nani *Osservazioni al Cod. Leopold. art.* 110. *animadv.* ad Ant. Math. *Lib.* 48. *dig. tit.* 15. *cap.* 7. *num* 1.

(2) Poggi *Annotazioni M. S. alle istituzioni teorico-pratiche del Paoletti* §. *degl' indizj, o della certezza morale num.* 7.

tere il criterio del dolor fisico nelle pene non prese con egual forza di mira la teorìa del metodo giudiciario ed ondeggiò tra le guarentigie dell'accusatorio, e dell'inquisitorio processo senza discutere se potesse essere tra le une e le altre compatibilità (1). Il falso, e pericoloso criterio de' processi misti preoccupava le menti, e la erronea opinione che il legislatore Toscano altro merito non avesse che il coraggio d'essersi fatto discepolo del Beccaria fece per così dire passare inosservato il più luminoso concetto della sua legge.

Distingueva la legge i rei *convinti* dai rei *urgentissimamente* indiziati. La legge d'eccezione parlava di rei colpiti da indizj *indubitati*, ma con una petizione di principio inevitabile in questa infelice materia indiziaria faceva nascere l'indubitato carattere dell'indizio dall'intimo convincimento del giudice. Si suppose che il legislatore parlando di rei convinti designasse non tanto i *logicamente* tali o per la lor legittima confessione, e per la prova legittima per testimonj, lo che era coerente al metodo giudiciario ritenuto da lui, ma quelli ancora che tali apparivano per la forza d'indizj *indubitati:* lo che era al metodo giudiciario adottato da lui diametralmente contrario, deducendolo dalla sua maniera discretiva d'esprimersi quasi ritenesse come inop-

(1) *Delitti, e pene* §. 14.

pugnabile la differenza tra gl'*indubitati*, e gli *urgentissimi indizj*.

Se l'indizio *indubitato* avesse avuto un carattere logico tutto suo proprio, e l'*urgentissimo* ne avesse avuto un diverso questo sistema d'interpetrazione non avrebbe incontrata difficoltà. Ma era un vaneggiamento, se altro mai ve ne fu, il pensare che l'indizio indubitato potesse avere un carattere logico il quale corrispondesse alla pretensione del nome; e i pratici stessi volendo somministrare la idea di ciò che dovesse significare una terminologìa caduta dalla penna di Triboniano (1) applicavano agl'indizj indubitati la regola della prova testimoniale esigendone due (2) di guisachè posti codesti indizj in compagnìa tra di loro ne avveniva che l'uno facesse la satira del nome dell'altro.

In realtà trattavasi di nomi diversi indicanti la cosa medesima. Seguendo alla traccia l'origine, e il successivo incremento della nomenclatura d'*indubitato* data all'indizio si giunge a comprendere, che il foro la usurpava come sinonima d'*urgentissimo* (3). La differenza derivava tutta dalla

(1) La parola *indubitato* escì per la prima volta dalla stampa di Triboniano nella *L. ultima cod. lib.* 22. *tit.* 3. Il Vicat non registra neppur la voce nel suo vocabolario del dritto.

(2) Dig. *Lib.* 22. *tit.* 5. *l.* 12. ove il giureconsulto si esprime « *pluralis enim elocutio duorum numero contenta est* ». Gallucci *Ad. de Amoeno loc. supr. cit.*

(3) Vedasi tra gli altri Basilico uno de' più esatti alla materia *Decis. crim. decis.* 1. *in introd. et num.* 1. ove nella narrativa della causa spende la parola *urgentissimi*, e nel corpo della decisione la parola

situazione di chi doveva determinare il carattere dell'indizio. Gli scrittori per il processo misto preferivano la parola *indubitato* come la più favorevole alle pretensioni, ed al fasto di cui è sempre inclinata ad ammantarsi l'*accusa d'uffizio*. Gli scrittori per il processo inquisitorio nella sua semplicità preferivano la parola *urgentissimo* come denotante il sincero stato dell'animo del giudice costretto a cedere alla voce del proprio uffizio (1). Così il legislatore Toscano scrivendo la norma, che il giudice dovea seguire nel caso d'urgentissimi indizj aboliva quella che una precedente legge avea fissato nel caso d'indubitati.

I pratici se non erano competenti a stabilire il vero spirito dell'art. 110. della riforma criminale del Toscano legislatore aveano però tra le mani i mezzi onde giungervi battendo le vie, sulle quali abitualmente trovavansi. La giurisprudenza a quell' epoca considerava gl' indizj indubitati come vincenti il *merito della tortura*, e però come titolo di pena straordinaria (2). La legge d'eccezione avea rincarato il loro valore, e gli avea resi idonei a decretare la pena ordinaria. Se il legislatore Toscano avesse presupposto negl'indizj indubitati il valore giuridico

indubitati sempre parlando de'medesimi indizj. Il Voet *Ad pandect. lib.* 22. *tit.* 5. *num.* 18. *ad fin.* chiama *urgentissimi* gl'indizj che Triboniano chiamò *indubitati*.

(1) Questi scrittori usano le voci *veemente*, *violento*. Bald. in *Rub. cod. de probat.*, Farinacc. *De indiciis, et tortur. quaest.* 36. *num.* 10.—166.

(2) Hieronim. Basilici *Decis. crimin. decis.* 1. *num.* 3.

che ad essi avea dato la legge d'eccezione, egli avendo degradata la pena ordinaria dalla morte ai lavori pubblici a vita: avendo dato agl'indizj urgentissimi l'effetto d'un infimo grado di quella pena, avrebbe lasciato un gran vuoto tra l'effetto dell'indizio urgentissimo, e quello dell'indubitato, e per riempirlo di gradi intermedj sarebbe convenuto stabilir le frazioni della evidenza, la quale se tale è non può ammettere decremento di sorta veruna. Un amico dell'onore del proprio paese non può ammettere il possibile di questo irrazionale sistema.

Tutto nell'opera del Toscano legislatore respira diffidenza per la severità della difesa repressiva, e fiducia nella preventiva. Egli bandì le così dette prove privilegiate (1), e riservò a se stesso la facoltà di fare intervenire come testimonj necessarj in giudizio i congiunti nel caso di delitto commesso nell'interno delle mura domestiche (2). Non gli fu a cuore la severità della pena nè nella scelta del dolore, che doveva formarla nè nella facilità della prova per applicarla.

Co'due indicati provvedimenti egli si mostrava contrario alla intima convinzione del giudice, e favorevole alla prova dalla lettera della legge determinata. Infatti cosa è il dire, che non sia lecito ne' delitti atroci valutar le con-

(1) Cod. Leopold. *art.* 27.
(2) Cod. Leopold. *art.* 28.

getture più di quel che le abbia valutate la legge: il soggiungere che negli occulti non è lecito chiamar testimonj, ai quali la legge vieta di deporre contro dell'accusato se non negare al giudice la facoltà di dirsi convinto in un modo, col quale non potrebbe esser convinta la legge? Quando un infimo grado della pena de' lavori pubblici era l'effetto legale della prova indiziaria il voto che il legislatore avea manifestato in tutta la opera sua era già sodisfatto perchè la difesa preventiva aveva in quel grado di pena ottenuto il suo scopo.

Parlò successivamente il legislatore di condannati in forza d'*indizj* (1), e volle che ne fosse passato il novero alla polizìa: nè colla parola condannati distinse i *convinti, o i non convinti:* nè colla parola indizj distinse gl'*indubitati* e gli *urgentissimi:* nè parlando di condannati potè designare i colpiti da pena perpetua come sarebbero stati i convinti. Bisogna dunque credere che egli parlando di condannati *ex indiciis* parlasse di quelli che col titolo di questa prova sarebbero stati colpìti con un infimo grado della pena de' lavori pubblici, e non facendo distinzione di condannati mostrasse che gl'indizj abili a fornir titolo di condanna erano quelli de'quali avea precedentemente parlato.

Il legislatore Toscano avea abolita nel suo processo ogni traccia di accusatorio non ammettendo

(1) Cod. Leopold. *art.* 111.

in esso mistura di sorta alcuna (1) e riducendolo, tranne le emende necessarie alle guarentigie del reo, alla sua genuina indole d'inquisitorio. La legge d'eccezione era stata pubblicata in un tempo in cui il processo penale Toscano aveva l'accusa d'uffizio lo che lo rendeva modificabile dalla regola del processo accusatorio che ammette la prova piena per mezzo d'indizj, e l'ordigno a ciò necessario della intima convinzione del giudice. Non è dunque da credere, che il legislatore, allontanando dal suo processo l'accusa d'uffizio, e rendendolo inquisitorio puro, ignorasse, che la fondamentale sua regola è di non ammettere nè prova piena indiziaria nè convinzione intima del magistrato (2).

È onorevole alla memoria del più grande, del più giusto, e del più benefico legislator de' suoi tempi il supporre, che egli concependo il suo processo penale avesse presente allo spirito le guarentigie che alla sicurezza individuale assicura il processo accusatorio moderno, e calcolasse, che l'inquisitorio emendato da lui potesse ne' proprj stati offrire guarentigie quanto era possibile equivalenti.

Non è infatti difficile, confrontando i criterj regolatori dell'esito de' due processi (nel che realmente consiste la loro influenza sulla sorte del reo) scorgere la equivalenza dell'uno e dell'al-

(1) Vedasi il capitolo che segue.

(2) Ved. il *cap.* 5. *pag.* 76.

tro, e come amendue giungano in modi in apparenza diversi ma con mezzi d'eguale natura a un fine medesimo.

In amendue è una regola dalla legge prestabilita, e non la privata forza dell'uomo nel giudice, che decide della verità dell' accusa: nel processo accusatorio moderno la *unanimità* voluta dalla legge, alla quale il privato giudizio dell'uomo è costretto a cedere suo malgrado, senza la quale l'accusatore trovasi talvolta obbligato a prendere col reo l'espediente, che la sola prudenza può a lui consigliare (1): nel processo inquisitorio moderno la regola della *prova legittima*, alla quale il giudice è costretto a sacrificare la sua privata opinione, e senza la quale comunque poderosi ed urgenti siano gl'indizj i quali convincano l'uomo della reità dell'accusato, l'uffizio del giudice non può adottare altro espediente, che quello che la prudenza suggerisce di cautelare la società.

Perchè la equivalenza de'due processi divenga più discernibile è necessario immaginare il regno della pena di morte nell'uno, e nell'altro come due leve, che possono spingervi l'accusato; e ponderare come l'uno, e l'altro sia cauto di escludere il privato arbitrio dell'uomo nel fissare

(1) Ciò avvenne a Londra nel Luglio 1821 nella causa della Carlile negoziante libraja. Il Globig *Censura rei judicialis part.* 2. *praef pag.* XX. cita questo esempio in prova della insufficienza del metodo a rintracciare la verità. Miserabile petizione di principio! Sapeva egli forse da Dresda se l'accusata era colpevole, o innocente?

il valor della prova, che dee decidere della irrogazione d'una pena per se medesima irreparabile.

Se si rifletta che il processo accusatorio moderno ha agito fin qui sotto il regno della pena di morte, e che il moderno processo inquisitorio ha agito lungamente in Toscana sotto il regno di reparabili pene. non sarà difficile stabilire quale de'due metodi chiamati al tribunale della umanità e della giustizia a render conto del loro operato escirà con gloria maggiore, e con più tranquilla coscienza da quella censura (1).

(1) Sebbene la esattezza nel confronto degli oggetti morali sia poco sperabile, pur può tentarsi di averla. I due punti luminosi del processo sono il suo *principio*, e il suo *fine*, ma questo prepondera a quello. Il processo accusatorio moderno tutto riduce ad indizio, ma lo riduce a prova piena colla unanimità de' suffragj. Il processo inquisitorio emendato non conosce prova completa per mezzo d'indizj. Il *Jury* mancando la unanimità manifesta la propria incertezza: il processo toscano bene inteso la manifesta nel concorso d'indizj. Il primo non ammettendo sussidio di *polizia* è costretto a parificare la sospetta alla non sospetta persona, e poco provvede ai bisogni della pace pubblica. Il secondo ammettendo il sussidio della polizia segnala con espedienti di preventivo carattere le probabilità. Nel primo il caso della incertezza è raro: nel secondo frequente. Giunti a questo punto convien fare un computo nuovo. Il primo valutando l'indizio si espone a mandar l'innocente al supplizio; e che il *Jury* cammini sull'orlo di questo precipizio la legge stessa lo dice dando al giudice magistrato il potere o di sospenderne le dichiarazioni, o di sospenderne le condanne. Cottu *De l'admin. de la justice en Anglet. chap.* 3. *pag.* 70. e il suo annotatore *pag.* 62. *not.* 32. Il secondo non valutando l'indizio, lascia sempre aperto il campo a dar riparo alla innocenza ingiustamente accusata.

CAPITOLO XVI.

De' processi misti.

Sia che la forma accusatoria del giudizio penale fosse nella infanzia della società strettamente connessa con quella che assumeva la guerra che la privata vendetta suscitava tra l'offeso ed il proprio offensore: sia che questa forma si presentasse alla mente umana come la più naturale, e più semplice a decidere una controversia tra due l'uno de' quali asseriva l'altro o negava o asseriva inferita con dritto l'offesa, come nel giudizio civile per la natura medesima delle cose si manifesta tra chi asserisce il dritto, e colui che lo impugna: sia che questa forma voglia considerarsi come essenzialmente inerente alla democrazìa, nella quale ogni individuo ha dritto di farsi persecutore dell'infrattore dell'ordine: è certo che questa forma di giudizio penale ha seco inseparabile il presupposto, che la difesa della pubblica sicurezza sia un sentimento, un bisogno il quale ha in tutti i cuori un'arme per mantenerla.

Appena questo dato viene a mancare la storia pittrice fedele de' fenomeni della morale natura dell'uomo mostra la decadenza del processo accusatorio, e il sorgere o più pronto o più tardo

dell'inquisitorio sulle sue ruine. Ma questo cambiamento, come ogni altro che accada nelle forme costitutive del sicuro viver civile, abbandonato per lo più alle vicissitudini della forza, ed alle opinioni che s'imbevono de' pregiudizj che ella suole ispirare, si fa saltuariamente, di rado con saviezza, con danno or maggiore or minore della giustizia sempre. I bisogni de' misti governi, opere incensurabili della natura quando sono il frutto delle antiche vicende d'un popolo, lavori contradittorj, ed aerei quando si presentano come parto di filosofici divisamenti d'uomini i quali si lusingano di combinare nello stato le forze colla facilità con cui combinarono nella lor testa le idee, esercitano una poderosa influenza sulle forme del giudizio penale alterandone la razionale struttura, ed intrudendovi quell' erroneo criterio il quale confonde tra loro le guarentigie politiche colle giuridiche.

Così il processo accusatorio antico nel suo declinare presenta le vicende medesime del moderno allorchè si è preteso di trasportar questo dal suo paese nativo in diverso paese facendolo succedere or con maggiore or con minore mistura all'inquisitorio, cui si è fatto il rimprovero d'essere invenzione di men culti giuristi diretta a servire un arbitrario potere.

Il più pronunziato, e segnalabil carattere dei processi misti consiste nel collocare tutta la forza del processo inquisitorio in chi accusa, e tutta la forza dell'accusatorio in chi giudica: combi-

nazione funesta alla civil sicurezza, perocchè la inquisizione, di cui è iuvestito l'accusatore non può essere in lui guidata dal rigor dell'analisi giuridica, e la convinzione intima, di cui è data al giudice magistrato la facoltà non può aver le guarentigie che ella ha nel giudice popolare.

Il più funesto donativo, che il dritto romano abbia fatto alla specie umana, che ne fu per tempo lunghissimo governata, è il misto processo, di cui quel dritto conserva ancora se non l'intero sistema almeno non affatto cancellate le tracce. La saviezza del dritto privato quale uscì dalla penna de'Romani giureconsulti non sarebbe congettura valevole di quella del pubblico configurato a norma de' loro temporarj interessi dagli Imperatori di Roma. L'impero romano non rappresentò mai con esattezza una forma certa, e stabile di governo. Il maggiore o minore valore guerriero degli uomini, che vestiron la porpora: il lor personale carattere quando più quando meno amico della umanità, e della giustizia: la diversità delle opinioni sul conto in cui erano da tenersi gli uomini al loro dominio soggetti: furono altrettanti principj di azione i quali per intervalli infusero l'anima del dispotismo nelle forme cadaveriche della repubblica. In questo sconvolgimento di cose nacquero quelle strane misture d'accusa, e d'inquisizione le quali più o meno servirono di modello ai misti processi della età nostra.

I due qui sopra divisati caratteri de'misti pro-

cessi incominciarono a manifestarsi lentamente, e per gradi nel giudizio penale, che formò dritto sotto gl'Imperatori romani. Le lodi, che un grande scrittore ha date ai primi bagliori del processo inquisitorio a Roma allorchè andò gradatamente spengendosi l'accusa volontaria (1), debbonsi considerar compartiti alla necessità non alla scelta: perocchè l'accusa *necessaria o d'uffizio* d'invenzione d'Augusto (2) e liberata in seguito dalla *iscrizione*, e perciò dalle conseguenze della calunnia, fu una forza mostruosa, e terribile, dalla quale la innocenza dovette a stento potersi sal-

(1) Ved. il *lib.* 1 *cap.* 14. §. 2. *pag.* 247. *not.* 4. Il ministro Peel fece alla Camera de' Comuni la proposizione di ammettere nel processo penale un' accusator pubblico col nome di *Lord Avocate* come esiste in Scozia. Il Professor Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit criminel de la Grande-Bretagne pag.* 216. *not.* 1. osserva, che non sarebbe stato questo introdurre il processo inquisitorio. Sarebbe stato però dare all'accusa tutta la forza della inquisizione senza i temperamenti, e le regole che la tengono in discreti confini. Ma il buon senso inglese non adottò questa novità legislativa. Ecco a che conduce la mania dello studio, e del confronto delle leggi degli altri paesi. Il Portogallo ha un *promotor di giustizia*. Pereira, e Sousa *Sobre e processo criminal.*, *Lisbon.* 1820. Il Brasile lo ha *Codigo Brasiliense*, *Rio Janeiro* 1812., La Spagna ha un *procurator fiscale*. *Gasett. des Tribunaux an.* 1826. *num.* 463. Un ministero pubblico è nelle colonie Francesi alla Guadaluppa *ibid. num.* 464. Un avvocato fiscale è stato stabilito nelle colonie Inglesi, una volta Olandesi. *Report on the criminal law at Demarara Lond.* 1821. Al Ceylan gl' Inglesi hanno aggiunta al Jury una carica eguale a quella del *Lord—Advoate* di Scozia *Revue Encyclop. vol.* 31. *pag.* 5. *et seq.* A che rilevano tutti questi esempj onde esaminare se la istituzione ha combinazioni di politica, e di giustizia? Mi duole d'andar contro alla opinione d' un uomo che io altamente stimo. Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit crimin. de l' Anglet. Bibliothéque du jurisc. etc. pag.* 203. Ma non mi rimuovo da quel che io già dissi nell' *Introduzione pag.* 15—17.

(2) Vedasi qui addietro a *pag.* 39. *n.* 3.

vare. L' *Irenarca*, il *curioso*, lo *stazionario* libero nelle sue corse per le provincie: investito del formidabil potere di arrestare i rei, e di compilare a suo grado gli *elogj* (1) co' quali gl' inviava legati, e già divenuti quasi suoi schiavi gli accusava al Preside, ed al Proconsole, differiva poco da un mastino, che il padrone scioglie onde sia libero di afferrar col morso chiunque incontra per via. Il giudizio penale incominciando col moto di forza sì smisurata esaurivasi in quello di una forza ancora più smisurata nel poter giudiciario che il principe aveva a se riservato (2). Come tra le produzioni micidiali della natura credesi che un veleno sia medicina d'un altro, la tortura colle regole di applicazione che ne introdussero i giureconsulti salvò dalla morte l'uomo, a cui ella aveva barbaramente infrante, e logorate le membra. Forse gli scempj, che la storia rimprovera ai delatori, ed ai principi, che più loro furono amici, debbonsi con miglior critica attribuire a questo mostro di giudizio penale, che andò progressivamente crescendo.

Quanto è facile per la semplicità delle sue forme a comprendersi il processo accusatorio altrettanto per la sua dottrinale struttura è difficile ad esser compreso l' inquisitorio. La necessità lo consiglia: la ragione ha gran fatica a ravvisarlo come sistema. Fino a' dì nostri è al pro-

(1) Ant. Math. *Ad lib.* 48. *dig. tit.* 14. *cap.* 1. *n.* 2.
(2) Vedasi qui addietro a *pag.* 164. *n.* 2.

cesso inquisitorio rimproverata la contradizione di racchiudere l'accusatore, ed il giudice in una sola persona (1): rimprovero, il quale parte dalla petizione di principio, che il giudizio penale non possa avere altra forza impulsiva, che quella che ad esso comunica un accusatore: come il civile altra non ne può avere che quella che ad esso l'attore comunica.

A questa petizione di principio è dovuta la invenzione d'un uffizio fiscale, parto d'età, che poca illustrazione gli somministra: tentativo di una forma più regolare, e più nobile di quella che i Romani avean data all' accusa necessaria: istituzione, che il Toscano legislatore schiantò come pianta di semplice ingombro dal suolo ov' ella avea antiche, e venerate le sue radici (2).

Ma una istituzione più generosa, più sublime e più splendida nacque ad accreditare l' accusa necessaria, e a dar nuova vita al processo penale misto in un epoca, ed in mezzo ad un popolo

(1) Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit crimin. de la Grande-Bretagne, Bibliothéque de jurisconsulte etc. vol. 1. pag.* 624.

(2) Fu soppresso il promotore fiscale *L.* 26 *Maggio* 1777. Il signor Cottu non ostante la sua ammirazione per le istituzioni inglesi, trova in esse il difetto di non avere un *pubblico accusatore*. *De l' administr. de la justice en Anglet. pag.* 38. Il signor Rey *Op. sopr. cit. vol.* 1. *pag.* 130. *vol.* 2. *pag.* 184. attribuisce all'assenza d'un accusator pubblico molti de' più importanti diritti de' quali godon gl' Inglesi. Il signor Goenner *Archivj del dritto crimin.* del signor Mittermaier *vol.* 7. *pag.* 466. si dichiara contro l'accusator pubblico. Il signor Colquhoun *Police of the Metropolis pag.* 539. reclama questa istituzione. Niuno ne pondera le relazioni colla forma del giudizio penale.

ove la costituzione de' tribunali, che si reputavano fino a certo punto poteri politici nello stato, potè autorizzarla. In realtà, dato un consesso di giudici, i quali per il titolo della loro inamovibilità affettino parte del potere sovrano nel poter giudiciario riputandolo inerente alla lor carica, non resta al principe altro mezzo per non perder tutto che quello d'impadronirsi di tutta la polizìa dello stato, e farsi padrone della iniziativa del giudizio penale (1).

In questo stato di cose scema in parte la contradizione, che il processo misto presenta sempre pel principe che accusa avanti giudici, i quali giudicano nel di lui nome, e fa grazia di quelle condanne, che egli medesimo come accusatore sollecitò: contradizione che nel processo inquisitorio non si ravvisa.

Partendo da questo punto giova considerare le molte, e varie misture, alle quali in un epoca fertile in legislativi progetti come la nostra, è stato esposto o forzato il processo accusatorio

(1) Non può ammettersi che romana sia la istituzione del *ministero pubblico*, e le leggi che a questo effetto vengono citate non ne presentano le tracce. Scrissero sulla origine storica di questa carica Pietro Dolce *Origine, e attribuzioni del pubblico ministero ec. Brescia* 1813. *pag.* 19, Maurer *Histoire des instit. judiciaires d'Allemagne* §. 14., Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol.* 3. *pag.* 360., il quale ne fa un grande encòmio senza curarsi di ponderare se nel concetto di questa istituzione vi sia equilibrio tra il principio politico, e il principio di giustizia, Mueller in un' opera pubblicata a Lipsia nel 1825 di cui il *nuovo archivio del dritto crimin. vol.* 8. *pag.* 187. La sostiene creazione originalmente francese Henrion De Pansey *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques chap.* 7.

moderno: onde ponderare se ogni grado di quelle misture sia divenuto o un titolo di perfezionamento, o un titolo di degradazione per esso.

Il primo tentativo fu quello, il quale trasse il *Jury* da un paese di dritto *non scritto* a un paese di dritto *scritto* assegnandogli le sole materie penali, e interdicendogli le *civili* (1): di guisachè quel processo assuefatto a respirare un' aria dovette trovarsi costretto a respirarne una nuova del tutto, e nato con due polmoni dovette perderne uno. Ma poichè la libertà, che d'ogni lato il processo accusatorio respira, ha una grande superiorità sul tedio a cui lo studio del dritto scritto condanna, ella divenne il criterio di tutte le menti, le quali non si accorsero, che nel paese di dritto scritto il comporre per la più giusta e più comoda cognizione del giudice popolare le questioni miste di fatto, e di dritto del giudizio penale diveniva impresa più difficile, ed ardua di quel ch' ella sia in un paese regolato dai costumi e dagli usi (2). La natura mal tollera, sia

(1) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol. 4. pag.* 449. come avea dichiarata una *vana formalità* la unanimità così dichiara di poca importanza il togliere al Jury le materie civili. Anco il Globig col suo criterio de' processi misti ammette, con certa repugnanza però, il Jury nelle materie penali, ma lo vuol bandito dalle civili. *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 3 §. 20 Questò punto di controversia relativa al Jury è stato nuovamente discusso dal signor Royer Collard *Introd. aux lettr. sur la cour de la Chancell en Anglet. pag.* 43.

(2) La ragione ne è evidente. Il costume è più docile del dritto a passar sopra a certe questioni, le quali per esser sottili non è meno necessario alla sicurezza individuale, e alla giustizia il risolvere retta-

nell'ordine fisico sia nel morale, che le sue leggi vengano alterate dal capriccio degli uomini. La introduzione del *Jury* nel paese di dritto scritto nocque alle guarentigie, che offre nel giudice lo studio della giurisprudenza, e non fornì quelle, che a quella istituzione son proprie (1).

Ma quasi il processo accusatorio moderno uscito dal proprio elemento dovesse perdere una gran porzione della propria vitalità, appena giunto in paese non suo, si vide privo del suo criterio caratteristico: spogliato cioè del principio della unanimità de'suffragj, e mutilato dal diverso principio, il quale concedeva ai cinque sesti il vigor di sentenza (2): principio spurio contrario alle regole dell' aritmetica, ed a quelle del dritto: contrario alle prime perchè se nella eguaglianza de' numeri la legge si decide per la innocenza dell'accusato, essendosi adottato il principio della maggiorità non si sa comprendere come in dodici per vincere il due sia necessario il dieci, nè il sette debba vincere il cinque: contrario alle seconde perchè la indole delle questioni di dritto

mente. In Inghilterra la legge ha così poca influenza sulla sorte dell'accusato, che i giudici sono autorizzati a punire ancorchè non vi sia legge la quale dichiari il fatto punibile. Hume's *Comment. vol.* 1. *pag.* 12.

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 85. *not.* 1.

(2) Aignan *Histoire du Jury chap.* 28. *pag.* 266. Il signor Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre pag.* 281. osserva che nell'anno 5.° s'incominciò a praticare il principio della unanimità, la quale perseverò fino al 1808.

è tale, che conviene in esse per vederle decise contentarsi della semplice maggiorità (1).

Un potere nuovo nella città è di sua natura inclinato a ottenere coll' accortezza ciò che sarebbe imprudente troppo conquistar colla forza. Il *Jury* ha nella intima convinzione un'arme formidabile, che sotto regni tirannici ha spesso versato il sangue dell' innocente (2). Il primo ten-

(1) Il fatto ha un valore assoluto perchè se è fatto *fisico* i sensi ne fanno fede: se è fatto *storico* i presenti lo hanno potuto discernere qual esso è. Il dritto nella sua applicazione non può avere un valore assoluto. Quattro occhi vedono un fatto nel modo medesimo: due menti possono esser discordi nell'applicazione d' una regola di dritto. Hilliger *Ad Donell. lib.* 1. *cap.* 16. *not.* 2. Quindi il dritto romano adottò il principio della maggiorità. Dig. *Lib.* 48. *tit.* 8. *l.* 20. 21. Il giureconsulto Paolo *Recept. sent. lib.* 4. *tit.* 12. §. 5. non altera questo principio allorchè figurando il dissenso di due condomini sulla sorte del servo comune stabilisce che il più mite parere dell' uno de' due dee preferirsi onde il Nani *Princip_j* di giurisprudenza criminale pag.* 78. mal si appoggia a quell'autorità per fissare la necessità del numero pari de' giudici. È stato già osservato che il calcolo di Minerva allora è adottabile quando le due questioni del fatto, e del dritto sono riunite insieme, e vengon decise da giudici i quali non son tenuti ad osservare ne' loro giudicati regola scritta di dritto. Sopra altri critici dati, ma con risultati medesimi conclude per la pluralità nelle materie di dritto il Sonnenfels *Sopra la maggiorità de' voti nelle cause criminali* §. 4.

(2) Si citano con orrore i regni di Eduardo IV, Enrico VII, e VIII, Maria, Elisabetta, Carlo II, Giacomo II, relativamente ai quali Hume si esprime « *Trials were mere formalities* ». *History of England vol.* 3. *p.* 22. 26. 28. *v.* 4. *pag.* 31. Nel regno di Enrico VIII settantaseimila individui furono mandati al supplizio, fra i quali è più specialmente compianta la sorte dell' infelice Tommaso Moro. La Regina Elisabetta, non avendo un Jury voluto fare a suo modo lo fece imprigionar tutto intero. Luden *Cours de droit crimin. etc. annales de legislation etc. vol.* 1. *pag.* 330. ove in appoggio di questa trista verità si cita la raccolta *of remarquable trials* pubblicata a Londra nel 1765 in due volumi. I signori W. G. Russell, e E. Ryan hanno compilata la

tativo, che un poter nuovo si accinga a fare, è quello di trovare un addentellato, per il cui mezzo la intima convinzione de' giudici popolari incominci a comunicarsi ai giudici magistrati, lo che facilmente si ottiene mischiando gli uni cogli altri col pretesto che la *dottrina* di questi illumini la *coscienza* di quelli (1). Fatto questo primo passo, ed assicurato così in apparenza l'ascendente della dottrina, e della esperienza sulla ignoranza e la inesperienza è più pronto e più facile l'altro di avere una magistratura la quale supplendo il *Jury*, di cui si è il legislatore disfatto, si dimentichi la dottrina, e d'essa faccia agevol baratto colla libertà della intima convinzione (2).

Questo piano d'ognor più crescente perfezio

collezione de' casi riservati a' dodici giudici, e stati decisi dal 1799. al 1824. Il signor W. Moody l'ha continuata fino al mese di Luglio 1825. *Crown cases reserved for consideration et decided by the twelve judges of England. Lond.* 1825. In America prima della rivoluzione era nota la frase *innaffiare il giurato* per denotare il modo con cui si giudicava. Belknap *History of New-Hampshire etc.*

(1) Vedansi le osservazioni, che sul codice di procedura penale francese del 1808. hanno scritte Meyer *Esprit, origine etc. des instit. judiciaires vol. 4. pag.* 452, il quale giunge a chiamarlo *un tessuto di perfide insinuazioni*, Aignan *Histoire du Jury chap.* 34. 35, Dupin *Observations sur plusieurs points importants de nôtre legislation criminelle:* lo stesso scrittore nell'altra opera *De la libre defense des accusés:* Berenger *De la jurisprudence criminelle en France.*

(2) Tutti conoscono la favola, la quale ha per titolo « *l'uomo, il cervo, e il cavallo* », si può dire relativamente a quest'ultimo artificio legislativo

« ..... *Quid rides? mutato nomine de te*
« *Fabula narratur.*

namento può progredire più oltre e giungere al punto d'impiantare l'accusa necessaria con tutto lo splendore che la circonda nel tronco dell'inquisitorio processo, il quale legislativo divisamento merita un separato esame, e distinto.

CAPITOLO XVII.

Alcuni cenni sulla incompatibilità de' due processi accusatorio, ed inquisitorio.

Come la natura ha posti insuperabili limiti i quali impediscono che alcune specie, sebbene per la loro esteriore conformazione simili tra di loro, possano insieme promiscuarsi e formar razze neutre, così un eguale economìa sembra impedire che alcuni legislativi sistemi possano insieme mischiarsi e fornire un genere nuovo colla speranza o di riunire le perfezioni dell'uno, e dell'altro, o di spogliarli nella loro mistura dei difetti che loro sono inerenti. La umana fantasìa, di sua natura sintetica sempre, inclina a togliere agli esseri le lor qualità naturali, ed a formare esseri nuovi che riuniscano le qualità più disparate tra loro: ma fatalmente la ragione umana tanto più và soggetta all'errore quanto più si avvisa d'imitare la fantasìa.

Trattandosi di misti processi chi non si accorge, che le forme che essi fanno assumere o all'*accusatorio*, o all'*inquisitorio*, due specie del medesimo genere, e pur amendue di proprio e distintivo lor genere, non debbano necessariamente nelle loro innumerevoli e spesso fantastiche combinazioni o essere, o apparire essere

in tale o tale altra legislazione Europea? O la scienza non ha dritto di parlare de' processi misti, o se lo ha non è da credere che ella, discutendo le lor varie combinazioni, e alcune d'esse fortuitamente in tale, o tale altro paese incontrandosi, abbia inteso abbandonare la veste di scienza ed abbia voluto indossar quella della censura.

Non è nuova la opinione, che l'*accusa* e la *inquisizione*, sebben possano formare alternativa tra loro, pur non possono o insieme cumularsi o l'una proseguire dove l'altra resti interrotta (1). Ma questa opinione, avendo la sua origine e il suo fondamento in un principio di equità favorevole all'accusato e non essendo desunta dalla indole propria de' due processi, non può avere un gran peso. Oltracciò i pratici che la professarono non poterono assegnarne le vere ragioni come quelli, che parlando dell'uno, e dell'altro processo ne conobbero le sole forme esteriori, nè ne conobbero lo spirito sempre o nel principio (2) o nel fine (3), erroneamente parlandone.

(1) Carpzov. *Prax. rer. crim. Saxon. part.* 3. *quaest.* 107. *num.* 44. 57., Aemil. Lud. Hooiberg Zu Vach *De diversa indole process. inquisit., et accusat. Marburgi* 1754. §. 25.

(2) La discordanza de' pratici nel fissare il vero carattere dell'uno, e dell'altro processo è notata dal Cavalier Cremani *De jur. crimin. lib.* 3. *cap.* 6.

(3) Homberg Zu Vach *De divers. indol. process. inquisit., et accusat.* §. 3. ammette la diversità de' due metodi eccetto il *fine*, che suppone ad amendue comune: errore gravissimo perchè all'opposto la differenza consiste appunto nel fine cioè nel modo di sentenziare. Birnbaum *Coup d'oeil etc. pag.* 523. adotta la definizione del Gobler, che

I due processi con difforme spirito non potrebbero aver compatibili forme, e il solo suono del nome ne persuade: imperocchè l'accusa è voce designativa di atto iniziale di *controversia* (1): la inquisizione è voce designativa di atto d'una *ricerca*, che non può avere nè controversia, nè lite. Il processo accusatorio si presenta e dice « *asserisco* » (2) l'inquisitorio si presenta e dice « *rintraccio* » (3). L'uno ha nell'animo la certezza: l'altro vi ha il dubbio. Come lusingarsi che due sistemi di sì diverso carattere possano fare alleanza tra loro?

dice ricevuta dai giureconsulti della Germania « *processus inquisitorius dicitur cum judex personam actoris, et judicis substinet* », errore più grave d'ogni altro conforme fu qui addietro notato *pag.* 186. *not.* 2.

(1) Se si dovesse seguire la etimologìa di Prisciano e credere che accusa deriva da *cudo*, o *cuso* non vi sarebbe differenza di significato tra la parola *accusa*, e *inquisizione*. L'Hotomanno ristabilì la vera etimologìa della parola derivandola da *causa*. Math. *De crim. ad lib.* 48. *dig. tit.* 13. *cap.* 1. *n.* 1. Comecchè niuno si è occupato fin qui di stabilire i veri caratteri di differenza dell'uno, e dell'altro processo, e le idee delle lor forme vanno vagando promiscue nella mente de'più, queste etimologiche indagini sembreranno a taluno minuzie. È stato già osservato l'errore di chi confonde insieme l'*accusa d'uffizio*, e l'*uffizio inquirente* del giudice qui sopra *pag.* 284. Per apprezzare la confusione che regna in oggi in questa materia è da leggersi Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit crim. de la Grande-Bretagne Bibliothéque du jurisconst. et du publicisle vol.* 1. *pog.* 522—525.

(2) La più precisa, e classica definizione dell'*accusa* è stata data da Cicerone ottimo discernitore in questa materia, e riferita da Ant. Math. *loc. supr. cit.*

(3) L'indole costitutiva dell'inquisizione stà in quella frase « *denunciante fama vel deferente clamore officii sui* » di cui l'autore dell'opera *Elements de la proced. crimin vol.* 1. *pag.* 162. Vedasi addietro *pog* 66. *n.* 1.

Se l'accusatore asserisce il reo deve negare, dal che nasce appunto la controversia, la lite, la giudiciale battaglia tra l'uno e l'altro. Or questo inevitabile stato di cose presuppone eguaglianza tra i due litigatori. La invenzione d'un magistrato accusatore d'uffizio snatura totalmente l'accusa, altro non restandone che il nome o per derisione della cosa, a cui esso non è altrimenti più riferibile, o per meglio coonestare il nuovo oggetto a cui viene abusivamente applicato.

Il giudizio penale nel primo suo sorgere nel primo sintoma di moto, e di vita che dà è nell'alternativa o dell'accusa o della inquisizione: vale a dire o che l'accusatore ammassi le prove che può, o che il giudice istituisca analiticamente l'esame delle circostanze, che gli vengono denunziate come idonee a farne soggetto. Se l'alternativa è rotta per il primo espediente la sua influenza dee esercitarsi sull'andamento del processo fino alla fine: come dee pur avvenire se l'alternativa è rotta per il secondo.

Nel primo caso il giudice dee ricever la prova come l'accusatore gliela presenta, e sia pure ammassata, incomposta qual esser si vuole. Ridicolo in questo caso sarebbe il pretendere che sotto la influenza d'un magistrato che altro ufficio non ha che quel di accusare la prova fosse rintracciata con metodo, e con rigore analitico, espediente il quale esige la imparzialità, e la guarentigia della fede pubblica d'un redattore

a ciò destinato. In fatti in alcuni luoghi ove sulla tela inquisitoria degli atti si è voluta innestare l' accusa d'uffizio, quasi siasi sentita la forza di queste ragioni, il magistrato accusatore non può ingerirsi della compilazione del processo, nè in qualsivoglia maniera influirvi, lo che, sebbene generoso e giustissimo sia, produce l'inconveniente di renderlo spettatore impassibile di quel che altri fa finchè non giunga il momento in cui debba assumer *parlando* la parte di attore. Per le ragioni medesime è inutile la istruzione scritta: perocchè qual cosa esige la permanenza della scritta parola ove il giudice dee conoscere della prova come il magistrato accusatore a suo talento gliela esibisce?

Il processo accusatorio antico non conobbe giudizio intermedio tra l'accusa, e la sentenza, la quale doveva dar fine al giudizio. Il processo accusatorio moderno ha adottato nel grande *Jury* questo giudizio intermedio. Ma a quale oggetto? A quello di porre un limite alla libertà dell'accusa volontaria. Ove al grande *Jury* si è voluta sostituire una *Camera delle accuse* si è eretto un vano simulacro alla individual sicurezza: ma non si è fatto nulla di reale per la sua causa. Questa istituzione mostra la diffidenza della legge per una carica istituita da lei, e alla quale ella ha concessa una indefinita fiducia. Come non comprendere contradizione siffatta? E crescerebbe la contradizione se la istituzione volesse innestarsi sul processo inquisitorio: perocchè

ella farebbe supporre che il compilatore degli atti può togliere al *segreto* le guarentigie delle quali lo ha circondato la legge: che non esiste un metodo il quale religiosamente osservato conduce per le sue sole forze alla scoperta del vero: che un uomo può esser sottoposto al segreto a mero capriccio del proprio simile, senza enumerare i più gravi inconvenienti di simile istituzione.

Nel secondo caso la serie degli atti, i quali esibiscono l'origine, e l'incremento della prova nell'ordine analitico delle circostanze idonee a fornirla contengono tutto ed intero il campo su cui la critica e la giurisprudenza del giudice si dee esercitare. Se l'ordine analitico viene interrotto: se vi s' intrude un atto, che ne rompa, e ne scompagini la orditura, tutto è alterato, e meglio era non cominciarla. L' indole della ricerca analitica esige la istruzione scritta, senza la quale non ne sarebbero discernibili le orme. Se framezzo alla istruzione *scritta* si frammischia la *orale*, e che il magistrato accusatore debba sostenere o la inquisizione generale, o la speciale colla parola, si collocano due incompatibili cose l' una allato dell' altra: la istruzione scritta, che vuol esser citata a ogni pagina: la istruzione orale, che non può soffrir quest' angustia. Se Cicerone, ed Ortensio avessero dovuto dissertare sopra un volume scritto anzichè sulla prova spiegata nella sua originalità al cospetto del giudice, la eloquenza latina non si glorierebbe di quei

due grandi nomi. Altronde il giudice come potrebbe seguire la istruzione orale nella bocca dell' accusatore, e del difensore, se tutta la sua attenzione è per così dire inchiodata all' esame analitico della prova nello scritto processo? (1)

La incompatibilità dell' accusa colla inquisizione sussisterebbe pur sempre ancorchè questa conservasse la istruzione scritta fino alla decisione della causa. Il processo analitico presenterebbe nelle scritte sue pagine tutti gli elementi della prova dal primo loro presentarsi negli atti fino alla loro configurazione completa. L'esame *piano* gli presenterebbe nel lor primo stadio: l'*obiettivo* gli presenterebbe nel secondo (2). Gli *articoli inquisizionali* come posizioni di fatto, e come logico resultato dell' esame obiettivo stabilirebbero gli argomenti critici della reità dell' accusato: la inquisizione speciale ne stabilirebbe la conclusione contro di lui (3). Tutto in questo sistema quanto alla prova sarebbe condotto al suo termine per il convincimento del reo. Non vi sarebbe bisogno dunque che un accusatore si sforzasse di provare quel che il processo già pro-

(1) Di qui avviene che dove così si pratica la discussione orale è una vana formalità, e la causa debbe essere stata decisa da' giudici avanti che ella entri negli orecchi del pubblico.

(2) Queste voci sembreranno nuove per certo a chi non conosce il processo penale Toscano: ma queste voci dimostrano come tra noi alle *strette* nelle quali poneva il reo la *tortura* sono state sostituite quelle nelle quali lo pone il *ragionamento*. Vedasi Paoletti *Istruzioni per compilare i processi ec.* §. *XI*.

(3) Il Paoletti non è sì esatto nella nomenclatura. Vedasi cosa io ne dissi *Element. jur. crimin. lib.* 2 §§. 566—567.

va, e che egli altro far non potesse se non dare un inutile urto alla spada, la quale ha già trafitto il petto dell' imputato. O conviene abbandonare affatto il processo inquisitorio, o bisogna abbandonare affatto l' accusa: perciocchè se il primo è bene ordito altro non lascia da fare, che ben ponderarlo nell' interesse della difesa qualora le strette, nelle quali pone il reo, non fossero in tutto legittime, e condotte come le regole di ragione prescrivono.

La incompatibilità dell'accusa d'uffizio, e della inquisizione si fa ancor più grande nel sistema del legislatore Toscano. In questo sistema l' accusator pubblico interviene nel processo inquisitorio come parte accessoria non come controparte del reo: v' interviene al solo effetto di rispondere della calunnia qualora nel caso di assoluzione dal delitto non sveli chi gli fornì le notizie per accusare (1). Se ad un accusator pubblico di questa tempra, tratto dalla classe degli agenti della polizìa, si volesse aggiungere un accusator pubblico magistrato, e rappresentante la prerogativa del principe, come sarebbe sacrilego sospettar di calunnia il supremo capo della nazione così sarebbe inammissibile questo sospetto contro il suo delegato il quale cuoprendo colla sua autorità l'accusator subalterno lo renderebbe partecipe della propria immunità, e toglierebbe così all'accusato la guarentigia che gli concesse la legge.

(1) Cod. Leopold. *art.* 1.

Qualunque giudizio penale debb' essere finito dalla sentenza, ma il modo di sentenziare varia nella forma o accusatoria, o inquisitoria, che ad esso ha data la legge. L' asserzione dell' accusatore per la sua dialettica indole deve essere o vera o falsa: la ricerca può avere ottenuto un cumulo or maggiore, or minore di probabilità: l'accusa esige una sentenza *definitiva:* la ricerca può ammetterla *decretoria*. Non vi ha umano ingegno, il quale possa conciliare queste diverse cose tra loro. Se si ammette la sentenza decretoria per tenere in sospeso l'accusa oltre al violare le regole le più note del dritto (1) oltre all' implicarsi in un controsenso, si tien sospesa sul capo dell' accusato la spada di Damocle se si rifletta all' enorme potere di cui nel processo misto è investita l' accusa, nè si sà se egli come sospetto debba passare sotto la vigilanza dell' accusatore il quale appartiene agli stabilimenti della giustizia, o sotto quella d' un magistrato di polizia. Se si ammette la sentenza definitiva come termine della inquisizione, sono in questo sistema perduti tutti i vantaggi di preventiva difesa che essa somministra colle varie formule indicative di tutti i gradi possibili del sospetto (2).

I mezzi di prova nell'uno e nell'altro processo presentano la stessa incompatibilità. Se il processo accusatorio ammettesse la sola prova *legit-*

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 224. *n.* 1.
(2) Vedasi il precedente *cap.* XIII.

tima per la confessione del reo, e per il deposto di due classici testimonj contesti, rari sarebbero i casi, ne' quali si potrebbe intraprendere con lusinga d'un esito favorevole. Per questo motivo l'accusa ha avuto bisogno d'una latitudine grande ne' mezzi di prova, e quindi della intima convinzione del giudice per darle se non un titolo almeno un pretesto qualunque. Agitandosi in questo sistema la questione tra l'attore, ed il reo, e non differendo il giudizio pubblico dal privato (1) la legge non ha dovuto curare tale o tale altro mezzo di prova, lasciandone a due litigatori la scelta. Se il reo aveva contro di se la prova *congetturale accumulativa* egli l'aveva anco a proprio favore: nè per concludere la propria innocenza gli era mestieri di addurre una prova perfetta e completa: perocchè indebolendo per qualunque via la prova addotta dall'accusatore contro di lui otteneva la sua assoluzione plenaria, nè la sua sorte restava in sospeso con una assoluzione decretoria. Se in questa forma di giudizio penale fossero adottati colle pene *straordinarie* temperamenti diretti ad ottenere colla certezza della punizione vantaggi veri e reali in luogo degl'imaginarj e fantastici che si sperano dal suo esemplare rigore, non potendosi aver negli atti, e nella loro analitica compilazione la prova di questo utile temperamento, nascerebbe il sospetto d'una capricciosa condanna e la pena

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 56.

straordinaria meriterebbe tutti i rimproveri che i parteggianti del vero assoluto le fanno. Se il processo inquisitorio ammettesse oltre alla prova legittima per la confessione del reo, e per il deposto di due testimonj anco quella per mezzo d'indizj, non potendo la legge avere nelle circostanze di fatto che gli somministrano una norma ricorrente, e costante su cui modellare una regola di fede giuridica, converrebbe che ella si abbandonasse alla intima convinzione dell'uomo, e così non potendosi nelle pagine del processo e nel loro confronto perpetuo colle massime di ragione leggere il motivo della condanna il reo verrebbe a perdere la guarentigia, che in questo metodo gli ha promessa la legge. Imperocchè chi legge la intima convinzione del giudice, e chi può stabilirne la rettitudine e la giustizia riducendola a massima critica, o razionale, lo che forma la indole della regola dalla legge prestabilita?

Non si può fare un passo in questa fantastica, e luttuosa materia de' processi misti che non s'incontri una contradizione. Fu altrove osservato, che ogni processo è una combinazione di forze più o meno temperate dalla giustizia: che il processo accusatorio rappresenta la forza delle *persone* e l'inquisitorio la forza degli *atti*. Le persone son le forze dell'uomo, e per equilibrarle conviene ben repartirle. Gli atti altro non sono che le forze della legge, nè hanno bisogno di combinazioni che le equilibrino: concepiti co-

me ordigni indagativi del vero: espressi in formule razionali, delle quali la giustizia si forma, restano sempre ed inalterabili nel modo con cui furono dalla mente creati.

Ma la forza ha una grande preponderanza sulla ragione. Il rumore, le forme regie sotto le quali la prima si spiega nell'accusa collocata nelle mani di un magistrato, illudon le menti le quali inclinano facilmente a credere che il colpir forte sia colpir giusto. Non si fa riflessione alla infallibilità de'metodi analitici nella ricerca d'una verità di fatto: si perde di mira il grande principio del Toscano legislatore, che val più la opinione della certezza della scoperta in tutti i gradi, co' quali il processo inquisitorio segnala l'indizio, o il sospetto, che quella del rigor della pena, che il processo accusatorio sempre promette, e dee per non screditarsi promettere sempre: perciocchè finir la causa con un colpo debole proporzionato alla prova scredita la forza che si è proposta di darlo forte, e proporzionato al titolo del delitto. Adottato una volta il criterio della forza, quello della saviezza è perduto. Le imponenti forme del processo accusatorio misto si reputano le sole adattate a supplire ai nuovi bisogni, che facilmente s'immaginano nella società umana. In un secolo, che sembrerebbe dover'essere il più favorevole a'metodi indagativi del vero, e alla dolcezza delle punizioni, accade tutto il contrario prevalendo le opinioni, le quali bene apprezzate altro non sono in realtà, che alla forza le più favorevoli.

Questo criterio della forza ne' processi misti si fa specialmente sentire nella formazione del giudice. Il processo inquisitorio con procedimenti tutti di dritto si contenta di pochi giudici purchè essi siano giureconsulti di vaglia: perciocchè ogni lor possibile errore in materia di dritto è facilmente scoperto. Il processo misto crede di supplire la saviezza col numero: spediente necessario alla intima convinzione, la quale altro non è se non umana testimonianza onde un numero maggiore di testimonj dà miglior garantìa che un minore. Ma questo sistema, miscuglio infelice del processo accusatorio, e dell'inquisitorio, del senso comune del giudice popolare e del senso legale del giudice magistrato e giureconsulto, unisce alle placide cose le immiti, e marita agli uccelli i serpenti, e gli agnelli alle tigri (1).

Questo sistema o dà in tutto la intima convinzione al giudice magistrato, o divenendo eziandio più mostruoso, e contraddittorio obbliga il giudice magistrato al calcolo giuridico della prova fino a certo suo grado, ed oltre a quello lo investe del potere di dirsi senza norma di legge convinto. Questo secondo e più mostruoso passo del processo misto si sarebbe verificato nel processo del legislatore Toscano se l'articolo 110 della sua riforma avesse lasciata sussistere la leg-

(1) « *Sed non ut placidis coeant immitia non ut*
« *Serpentes avibus geminentur tigribus agni.*

gè d'eccezione, la quale nel concorso d'indizj *indubitati* autorizzava la intima convinzione del magistrato (1).

Il giudizio delle cose *evidenti* non può in modo diverso essere concepito da due sani intelletti. Nelle cose *dubbie* mal si apporrebbe chi pensasse che il giudizio esser dovesse in qualsisia osservatore lo stesso. Gli uomini nel giudicare non partono tutti dal dato medesimo sicchè il loro animo possa supporsi simile alla tavola rasa, di cui ha parlato Aristotile, e il suo stato in equilibrio perfetto simile a quello della bilancia, che immaginò Cicerone. Le abitudini della vita esercitano una poderosa influenza sui giudizj degl'individui. Taluno si crede giudicare con le sole forze del proprio spirito, e giudica colle opinioni che lentamente, e per vie ignote s'insinuarono nel di lui animo. Un grande scrittore parlando del modo, col quale dovrebbe esser composto un consesso di giudici destinato a stabilire il valor degl'indizj preferisce la *sorte* alla *scelta* tenendo più sicura la *ignoranza,* che giudica per sentimento che la *scienza* che giudica per opinione (2). Condonando a quel grande scrittore l'aver egli ammesso e la piena credibilità dell'indizio, e il giudice popolare per averne la costruzione senza distinguere i diversi metodi giudiciarj tra di loro, lo che dee attri-

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 270.

(2) *Delitti, e pene* §. 14.

buirsi all'imperfetto stato in cui erano in sì implicata materia le cognizioni umane al suo tempo, il suo detto è un originale, e vivo lampo di luce, mostrando come il giudizio dell'uomo del popolo non può esser lo stesso che quello del giudice giureconsulto.

La legislazione inglese ha mostrato, che comunque *dotta* possa essere la intima convinzione dell'*ignorante*, la scienza ha dovuto mischiarsi di questa bisogna, e per salvar l'innocente da tal dottrina adottare il principio della unanimità. Ma finalmente o sia caso o sapere: sia ignoranza o sia scienza: sia effetto di consiglio o di forza: l'unanime consenso di dodici nel credere alla reità, o alla innocenza dell'accusato è un fenomeno, che non appartiene alla classe degli ordinarj, e nella spiegazione del quale il *senso comune*, e la *coscienza* dell'individuo o ha poca o non ha alcuna influenza.

Ma messa a parte la *coscienza*, senza la quale il giudice o popolare, o giureconsulto che sia diverrebbe o un mercenario, o un carnefice, ed esaminando il *senso comune*, dichiarato altrove necessario ad escludere l'alienazione di mente in qualsivoglia cervello (1), questo senso o indagatore, o fatidico sembra dover essere più un fatto che un ragionamento: ed un fatto morale in forza del quale il giudice popolare appartenendo alla condizione dell'accusato e de'testimonj, avendo

(1) Vedasi il *lib.* 1. *pag.* 117.

una esatta cognizione del modo di comportarsi degli uomini della sua classe, possedendo così il segreto d'insinuarsi ne'più segreti recessi dell'animo di chi parla o come accusato o come testimone avanti di lui, ha in questo segreto il mezzo di scorgervi come in tersissimo specchio il vero o il falso di quel che dicono, e il significato infallibile d'ogni lor moto.

Ma questo o credibile, o incredibil segreto dipende tutto dalla *ignoranza*, colla qual voce è da credersi si voglia esprimere la *novità*, che per l'animo del giudice popolare offre ogni causa sottoposta al suo esame, e alla sua decisione. In fatti se egli è un giudice permanente l'uso che egli acquista nel giudicare caccia da lui il criterio della ignoranza, e vi sostituisce quello della giurisprudenza onde egli diviene un essere nuovo, nè altrimenti è più quello, che la legge presupponeva.

Le abitudini dello studio, d'una educazione scientifica, il conversare più co' libri che cogli uomini, e più specialmente la consuetudine di giudicare costituiscono il giudice *magistrato* un essere quasi d'una specie diversa da quella del giudice *popolare*. Non sono sperabili in lui i risultati felici della ignoranza, del senso comune, del *sesto* senso fatidico: perocchè egli è dotto non ignorante: egli ha un senso particolare che lo studio gli ha infuso: egli ragiona o dommaticamente, o scetticamente, e non indovina.

Se questo stato di cose è inoppugnabile biso-

gna concludere, che la intima convinzione, essendo legalmente indefinibile: esistendo come fatto nel giudice popolare, è impossibile ad ottenersi come ragionamento nel giudice magistrato.

Niente è difficile all'umano volere: molte difficili cose si presentano all'umano intelletto. Potrà il legislatore se vuole pretendere di riempir la lacuna, che all' applicazione della pena ordinaria lascia la prova indiziaria compartendo l'unico mezzo che vi ha per comporla nella intima convinzione al giudice magistrato, ma così facendo, e volendo con questo mezzo esasperare il suo sistema penale creerà una forza, che niuno saprà definire.

Sonovi per certo alcuni egregj, e dottissimi magistrati, amici della umanità, e della giustizia, i quali, argomentando da sè agli altri, e dai loro personali principj ai legislativi sistemi, siccome meglio e più persuasi come uomini sentirono nel sistema dell'accusatorio processo, e nel modo libero, ed originale con cui esso fornisce la prova poter decidere colla libertà della intima convinzione citano se medesimi per sostenere la pretesa eccellenza di quel sistema. Ma essi comunque dottissimi non possono esser giudici nella lor causa, e la retta maniera, con cui in quel sistema decisero le cause è tutta loro non del sistema: onde per sostenerlo altro non posson citare che loro medesimi. Ma essi sono uomini, egregj invero ed atti a ben giudicare, e decidere in qualunque sistema: esseri mortali, e cadu-

chi però: senza forza di dar guarentigie, che le loro intellettuali prerogative divengano eredità de' magistrati, che loro succederanno. La libertà ha grandi attrattive per tutti: ma ella è un mezzo, e il maneggio de' mezzi per giungere a un fine esige saviezza somma. Se la libertà della intima convinzione è presa come fine, e non come mezzo da uomini, i quali credono di *tutto sapere* allorchè *tutto possono*, niun dirà che quella libertà sia la cosa medesima nelle lor mani, ed in quelle d'uomini i quali misurano il loro potere dal saper loro nell'amministrar la giustizia. La libertà nel giudice popolare è una forza, la quale ha i suoi temperamenti in un politico ordine di cose, che per tutto non è nè può essere. La libertà nel giudice magistrato diverrebbe una forza, la quale non può avere altro temperamento che ne' limiti che ad essa segna la scritta regola della legge. S'immagini un magistrato, giureconsulto sommo, in possesso della libertà della intima convinzione. Le sue decisioni daranno in *fatto* le guarentigie medesime che il legislatore dà in *dritto*. Il suo scetticismo scientifico nel calcolo della prova procederà come lo scetticismo giuridico della legge. Esso sarà il Pretore Romano, il quale aveva la spada nuda a' suoi piedi ma in tempo delle questioni perpetue non la insanguinava giammai. S'immagini un magistrato, il quale lealmente, e in buona coscienza prenda lo zelo in punire come il sommo apice della giustizia. La scena cambia in un tratto, e come cambj ogni mente può presagirlo.

Se è vero, che l'intimo convincimento caratteristico del giudice popolare tolto dal paese di dritto non scritto, e traslocato in un paese di dritto *scritto* ne infievolisce alla lunga, e ne estingue lo studio (1), è da temere che dando l'intimo convincimento al giudice magistrato questi giunga ad un punto in cui, oltre al credere lo studio del dritto inutile alla giustizia de' giudicati, lo reputi in ultimo anco fatale, e degno d'esserne affatto bandito: il quale contagio sì facile ad appigliarsi all' animo umano propagandosi dai penali ai giudizj civili può affatto estinguere in uno stato ogni traccia di antica celebrità, che esso abbia acquistata in giurisprudenza.

Ancor più mostruoso è il sistema, il quale obbligando il giudice magistrato al calcolo giuridico della prova onde ponderare se concorra la piena, e legittima nella confessione del reo, o nel detto de' testimonj autorizza il non giuridico della intima convinzione nella indiziaria.

Questo sistema dà alla giurisprudenza, come l'antica mitologia a Giano, due facce: l'una esprimente la fede giuridica: l'altra la certezza morale dell'uomo: con questa differenza però che, dominando la prova indiziaria pressochè tutta la materia del giudizio penale ove non concorrono i due mezzi di prova legittima riconosciuti dal processo inquisitorio, non si sa a qual

(1) Vedasi qui addietro *pag.* 85. *not.* 1.

parte questo essere anfibio o a meglio dir mostruoso debba rivolgere or l'una, ed or l'altra faccia.

Bene apprezzando questo sistema, nato come fu osservato altrove in circostanze calamitose e difficili, e perciò le più atte a sommuovere i più saldi intelletti, si scorge, esser esso contrario al comune diritto, e sussistere come legge di eccezione: gettar la contradizione nell'animo del magistrato di retta coscienza: contener mostruose contradizioni in se stesso, e nella sua costituzione medesima.

I pratici son soliti a dire che il processo accusatorio è di dritto *ordinario*, e l'inquisitorio di dritto *straordinario* (1), opinione, cui non si saprebbe come qualificare se *storica*, se *giuridica*, se di gius *positivo*, o di gius *razionale:* o se desunta dal confronto del *pubblico* col *privato* giudizio: tanto è vero aver essi ben maneggiato quel che mal conoscevano. Se per dritto straordinario si deve intendere la *legge d'eccezione* ciascuno de' due processi è regola separata, e distinta, nè l'uno forma eccezione dell'altro. Dritto straordinario lo formano i processi *misti* allorchè pretendono d'aumentar la forza dell'inquisitorio mischiandovi l'accusatorio, o il contrario facendo. La intima convinzione è forza del processo accusatorio: il calcolo giuridico del-

(1) Damhoud. *Prax rer. crim. cap.* 3. *num.* 12. 13., Carpzov. *Prax. rer. crim. Sax. part.* 3. *quaest.* 103. *num.* 21., Clar. *Sent. lib.* 5. §. *fin. quaest.* 3. *num.* 4. 5.

la prova impotente a far dell' indizio un titolo di pena ordinaria è forza dell'inquisitorio. Queste due verità emanano incensurabili dal dritto dell'uno, e dell' altro processo, quelle del processo accusatorio trovandosi nelle leggi romane: quelle del secondo nelle leggi canoniche: formando amendue il diritto ordinario o comune dell' una, e dell' altra forma del giudizio penale. Laonde se una legge colloca la forza della convinzione intima, propria del processo accusatorio, nell'inquisitorio, ella forma un dritto straordinario, e induce così una eccezione al dritto comune di questo processo.

La contradizione, che questo sistema getta nell'animo del magistrato, non è meno evidente. Qual sarà nel caso, che egli si senta *convinto* il criterio di verità, sul quale possa riposare la sua coscienza? Egli crederà consultarla, e consulterà la sua scienza, e le proprie forensi abitudini. Ed allora ecco aperti due abissi. Si tratta d'un giudice di pochi lumi, e di molto zelo, di volontà forte, ed energica, mal prevenuto degli uomini, abituato alle condanne frequenti? Egli non consulterà nè la sua scienza, nè la sua coscienza, non avendo nè l' una nè l' altra. Consulterà le inclinazioni della sua volontà, che egli chiamerà giustamente zelo (onde probità, e non zelo è di mestieri alla legge) e condannerà sempre. Si tratta d' un giudice istruito, che abbia acquistato il savio, e moderato scetticismo, che sempre ispirano lo studio, e le scienze: che pianto

abbia leggendo la storia dell'error giudiciario a danno dell'innocente: di carattere dolce, ed umano, inclinato a compatire le debolezze degli uomini, ed a creder bene di loro? Egli consulterà la sua scienza: sarà dubitativo: e raramente condannerà.

Il sistema è in contradizione con se medesimo e nutre in se discordanti elementi: per lo che le leggi, che in esso fondaronsi furono sempre fomento o pretesto d'una giurisprudenza interpetrativa contraddittoria, fluttuante, incerta: tale da fornire un'arme micidiale ai nemici del calcolo giuridico della prova il quale portato nella prova indiziaria non per *sottrazione*, ma per *accumulazione* non sa neppure come esprimersi.

Infatti tenendo dietro alla giurisprudenza da quel sistema introdotta ella appare or *mite* or *severa*, ora *incredula* or *credula*, or *dotta* ora *indotta*, or compagna della *certezza moral della legge* or solitaria nella *certezza morale dell'uomo*, la quale ha talvolta deciso, che due indubitati richiedonsi, e talvolta, che basta un solo: talvolta che la specie del fatto d'onde traesi l'indizio debbe essere dalla legge, e dalla giurisprudenza determinata, talvolta che ciò non è necessario: talvolta, che il *materiale* dee aver la sua prova giuridica separata, e distinta dallo *speciale*, e talvolta, che la certezza morale può abbracciar tutto: talvolta, che l'indubitato tale dee essere *di per sè*, e talvolta che di più *dubi-*

tati può costruirsi. Qual mostro esce da questo inestricabile labirinto? L'arbitrio del giudice senza l'autenticità della legge: onde chi va al patibolo sul testo d'una giurisprudenza: chi vi va sul testo d'una giurisprudenza diversa.

Nè il principio politico guadagna in queste incertezze del principio di giustizia: perocchè i due discordanti tra loro inconciliabili criterj della certezza morale e della fede giuridica, comunicandosi alla difesa o incensurabili titoli della sua buona fede, o pretesti impunibili della sua mala fede, servono ad essa d'arme nel promuovere quelle lunghe, ed intrigate questioni, alle quali la giustizia non può negar la parola, e finiscono col mostrar punito un delitto o dimenticato o reso problematico nella opinione.

CAPITOLO XVIII.

De' tribunali permanenti: del giudice interrogante, e del giudice decidente: della istruzione orale, o scritta: della pubblicità, e delle sue varie specie.

Niuno di questi oggetti può essere separatamente discusso. Nel processo accusatorio un consesso permanente di giudici convertirebbe l' amministrazione della giustizia penale in una carica, in un privilegio e impedirebbe che il giudice fosse tratto dal popolo: se il reo, i testimonj non rispondessero alla presenza sua, la sua intima convinzione non avrebbe con che formarsi: se la istruzione fosse scritta, oltrechè renderebbe troppo lungo il giudizio, ella sarebbe inutile per un giudice che deve decidersi su quanto al suo cospetto il reo ed i testimonj depongono: direbbe men dell' orale perchè non potrebbe dipingere la fisonomìa, il contegno, il tuono di voce, e tutte quelle impercettibili cose le quali, fuggitive e di dominio più del sentimento che della ragione, scendono a formare la convinzione intima: se la discussione non si facesse al cospetto del popolo il giudizio non avrebbe l'unica guarentigia, che la legge concede al reo alla balìa di un giudice, il quale non ha altra remora che

la voce della coscienza a commettere una ingiustizia.

Al contrario vanno le cose nel processo inquisitorio e nel sistema della stima della prova, e de'suoi effetti secondo le regole dalla legge determinate. La necessità d'una giurisprudenza, la osservazione, che senza questo addobbo scientifico non è dato di valutare tutto ciò che il titolo del delitto, il suo grado, la sua prova hanno di dritto (1), ha indotto uno scrittore celebre per le sue opere sulle materie giudiciarie a dichiararsi per i giudici permanenti (2). Se la giurisprudenza è necessaria nel giudizio penale molto più lo è in quella sua forma in cui la regola della legge decide di tutto, e tutto riducendo a dritto esclude la divisione del giudizio di fatto dal giudizio di dritto. Questo sistema obbliga di sua natura alla istruzione scritta perchè come applicar la regola di ragione, che stà sempre a limitare la convinzione intima, a parole che fuggono? Di qui nasce una terza necessità. Se la istruzione debb'essere scritta (e scritta debb'essere perchè analiticamente ordita per la prova del *materiale*, e dello *speciale* del delitto, di cui si sono verificate le tracce) è inutile di vedere, o sentir parlare i testimonj ed il reo sia perchè l'udirli di nuovo scompaginerebbe le fila della tela analitica tessuta già nel processo: sia per-

(1) Vedansi qui addietro i *cap. VI—XI.*

(2) Bentham *De l'organisation judiciaires chap.* 9. *pag.* 43.

chè divenuto il processo un opera storica non potrebbe essere altrimenti conculcata da quanto una scienza fisiognomonica potesse arguire dalla presenza, e dall' aspetto degli uni, e dell' altro. Ma sorge da queste premesse una nuova necessità. L'ordine analitico della interrogazione vorrebbe che nè il reo conoscesse ciò che dicono i testimonj, nè che i testimonj conoscessero ciò che ha detto il reo prima delle *contestazioni* che a quelli, e a questi è necessario di fare. Oltracciò la interrogazione scientifica non intesa che dal giureconsulto non può essere intesa dal popolo: onde la sua presenza alla compilazione degli atti, poco favorevole all' attenzione che dee prestarvi chi vi presiede, riuscirebbe a lui di poco profitto, di niuna curiosità, e tediosa eziandìo, non si potendo nella istruzione scritta formare un processo in una sola sebben lunga seduta. Compilato il processo, se si volesse leggere a una congregata moltitudine che vi potrebbe intendere?

La difesa scritta non avendo come la parlata atteggiamento di guerra tra l'accusatore ed il reo, ma essendo tutta ragionamento, tutta giurisprudenziale, e diretta all' uffizio del giudice deve essere meditata da lui nel silenzio, e nella quiete non in presenza d'un pubblico, al quale per formalità converrebbe leggerla. La sentenza, dovendo essere un ragionamento, che applica una regola legale a tutti i particolari del caso, vuole anch' essa il ritiro del giudice, e qualora

fosse letta alla moltitudine, non avendo ella preso interesse alla causa, che non conoscerebbe neppure, la lettura diverrebbe una formalità senza significato. Nè il doverla redigere alla presenza del popolo sarebbe compatibile collo studio scientifico necessario alla sua redazione. Nel processo accusatorio i giudici del fatto esprimono la sentenza con una sola proposizione: il giudice del dritto appena ha bisogno di parlare essendo un mero esecutor della legge (1). Nel sistema della presenza del popolo alla redazione della sentenza sopra un istruzione scritta, e ordita colle regole del calcolo giuridico della prova o converrebbe che i giudici la portassero al pubblico già compilata lo che screditerebbe l'apparato di tutti gli atti pubblici precedenti e contemporanei, o dovrebber i giudici portar seco una biblioteca, o sarebbero astretti a proferire una sentenza alla militare rapida come il fulmine che si fa vedere, ed uccide (2).

Queste considerazioni convincono che la istruzione scritta, se non debb'esser segreta, non può avere una popolare pubblicità. Il processo scritto, comunicato all'imputato quando la necessità del segreto è cessata: a'suoi difensori: a chiunque s'interessa per lui: depositato in luogo pub-

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 48. *n.* 3.

(2) La regola di dritto dice, che non si può fulminar la sentenza. Sam. Stryk *Disp. vol.* 3. *disp.* 33. *cap.* 6. *num.* 2. Anco il Poggi disapprova questo precipitoso modo di sentenziare, *Elem. jurispr. crim. cap.* 2. §. 37.

blico, nel quale chiunque voglia ne può prender notizia è reso pubblico nel significato legale della parola senza che la sua compilazione a guisa della rappresentazione d'un dramma sia avvenuta alla presenza d'un popolo spettatore (1).

La superiorità della istruzione scritta sulla orale come mezzo d'indagare una verità di fatto, a cui debb'essere il dritto applicato fu già dimostrata da uno scrittore, il quale usò di parlar coraggioso a difesa degli accusati (2). In fatti tutti gli encomj, che si profondono alla istruzione orale, di cui è inseparabil compagna la popolare pubblicità, sono desunti da atomi i quali, necessarj forse a formare la intima convinzione che sente, e non ragiona, non son valutabili per la certezza giuridica, la quale ha nel ragionamento il suo appoggio.

I vantaggi, che vengono attribuiti alla istruzione orale si fanno consistere I. nell'essere l'attenzione storica del giudice penetrata da tutta la forza *naturale* della prova nel primo, e genuino suo nascere sulla bocca del testimone e

(1) Non è logico nè giuridico contrapporre il *pubblico* al *segreto*. Logicamente parlando l'aggettivo *pubblico* indica una qualità che cambia di valore secondo gli oggetti ai quali si applica. Giuridicamente parlando *atti pubblici* sono tutti gli atti che servono a istruire il giudizio. Cod. *Lib.* 2. *tit.* 1. *l.* 2. Ora il giudizio può esser *pubblico* senza essere *popolare* vale a dir non *segreto*, e lo è quando vi sono ammessi tutti gli aventi interesse, e le persone che hanno titolo d'intervenirvi per ragione della lor professione come i causidici, gli avvocati ec.

(2) Dupaty *Memoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue*, *Barreau français ancien vol.* 3. *pag.* 168.

del reo, II. nell' essere la sentenza proferita da quel giudice stesso che vide nascer la prova.

I vantaggi ausiliarj che alla istruzione orale credonsi prestati dalla popolare pubblicità si deducono quanto ai testimonj, I. dall'eccitamento della loro memoria, II. dal maggior grado di garantìa della loro veracità in quanto può esser quasi sentita anzichè conosciuta nel lor volto, nel loro contegno; e quanto ai giudici dall'aver essi nella presenza del popolo un maggiore stimolo alla più pronta, e più retta amministrazione della giustizia (1).

Fu detto per quali ragioni la istruzione orale e pubblica è inseparabile dal processo che deve esser deciso dal giudice popolare. Se si tratta di porre a confronto i due metodi onde stabilire la lor relativa superiorità, questo assunto odioso per se medesimo non potrebbe esser tentato in una parte del processo soltanto, e dovrebbe essere esteso a tutte, e ciò non pertanto il confronto riescirebbe sempre quanto alla esattezza impossibile perchè converrebbe atteggiare il corpo, e lo spirito dell'un processo, e dell'altro in modo da formarne quasi due fedeli ritratti sicchè lo spettatore potesse in questa loro delineazione trovare il mezzo di decidere della maggior perfezione dell' uno o dell'altro.

(1) Bentham *Tactique des assemblées primaires chap.* 3. *num.* 1., *Traité des preuves judiciaires liv.* 2. *chap.* 10. Del signor Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires liv.* 8. *chap.* 7. relativamente a Bentham può dirsi « *sequiturque patrem non passibus aequis* ».

Asserire, che i due metodi sono incompatibili trà di loro non è giudicare della loro bontà relativa: nè sostenendo che i vantaggi della istruzione orale e pubblica nel processo accusatorio non sono altrimenti tali nell' inquisitorio, e che di vantaggi che sono nell' uno diverrebbero disvantaggi nell' altro non è censurarli: è mostrare piuttosto, che non ogni bel tratto ad ogni componimento si addice, e che la stessa bellezza deve obbedire alle regole della convenienza (1).

Queste premesse erano necessarie in un tempo, ed in un soggetto, nel quale le opinioni politiche prendono titolo di scientifiche, e i desiderj il titolo di principj, salvo quanto è da dirsi sulla nozione giuridica del processo penale quale scientificamente la ragione umana può concepirla in qualsisia forma di regime politico: poste le quali premesse non potrà a chicchessiasi sembrare assunto temerario il discutere i vantaggi della istruzione *orale* con popolare *pubblicità*.

La prova non può avere altra forza *naturale* che quella che la sua indole dialettica le fornisce. Se per forza naturale della prova si vuole intendere quel che il tuono della voce, l' atteg-

(1) Non sempre, e non in tutto un baratto d'imperfezioni fra due persone produce la perfezione di amendue: nè a' due processi s'applica quel noto, e gentile epigramma

« *Lumine Acon dextro, capta est Leonilla sinistro*
« *Et posset forma vincere uterque deos.*
« *Blande puer, lumen quod habes concede puellae:*
« *Sic tu coecus Amor: sic erit illa Venus.*

giamento del volto, il linguaggio degli occhi (1) aggiunge alla credibilità delle parole questo mezzo, eccellente per il giudice popolare che non ha altra critica che il suo intimo sentimento e sà porsi bene a contatto della persona che parla, è pericoloso pel giudice magistrato, a cui la legge rammenta che non quel che accade in un caso. ma quel che più comunemente accade è la norma del suo giudizio. Se le regole della certezza morale ed istorica non tengono conto d'un semituono, d'una esitazione, d'un volger di sguardo, ma calcolano le verisimiglianze, e le probabilità degli eventi umani non possono quelle minuzie ingannevoli esser valutate da un giudice, il quale si senta oracolo della giustizia non inquisitor del pensiero. L'assurda giurisprudenza indagatrice di quelle minuzie spregevoli presiedè alla tortura, e dovette morir con essa (2). Con qual pudore un magistrato interrogato de' motivi che lo determinarono a mandare un uomo alla

(1) Espressione drammatica, usata da Britannico nella tragedia del Racine di questo nome

« *Les yeux sont-ils muets? n'ont ils pas leur langage?*

(2) Dig. *Lib.* 48. *tit.* 18. *l.* 10. § 5. « *Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa, et cognitionis* (forse *cogitationis*) *subtilis diligentia affert. Nam ex sermone, et ex eo qua quis constantia, trepidatione quis diceret ..... ad illuminandam veritatem in lucem emergunt* ». Il Paoletti *Istruzioni per compilare i processi crim. ec.* §. *IV.* e §§ *XI. XII* non fa mai parola del linguaggio di *azione*, ma parla sempre di quel che la lingua o del testimone, o del reo può esprimere. Il desiderio di chi vorrebbe convertire il *ministro processante in pittore* è tendenza alla *convinzione intima*, o all'arbitrio illimitato il quale si contenta d'ogni apparenza, o pretesto di appoggio.

morte potrebbe rispondere che ei ciò fece per que' motivi pe' quali gli astrologi dicono la buona, o la mala ventura?

Se il giudice magistrato non può decider la causa sugli atomi fuggitivi, ed equivoci sempre che elevandosi dal volto del testimone e del reo si convertono come quelli di Epicuro in idee al pari di loro soggette all' inganno: se egli maneggia la critica della storia, la quale si legge, e non si vaticina, siccome lo scritto non cambia dall' uscir dallo mano d' uno e passar sotto gli occhi d' un altro, non vi è alcuno svantaggio per lui nel non avere assistito alle interrogazioni, e alle risposte delle persone del detto delle quali egli dee colla sola critica giudicare.

Se la *legale* pubblicità è una guarentigia giuridica la *popolare* è una guarentigia interamente politica. Non si saprebbe comprendere come uno storico qual è il testimone potesse essere più veritiero narrando in pubblico che narrando in privato: come il reo il quale se è innocente non ha altro appoggio che la propria coscienza, e se è colpevole è tutto col pensiero concentrato nel piano di difesa che il suo animo concepì onde schermirsi dalle prove di reità che lo investono possa trovar nel popolo con che incoraggiarsi in un caso, o scoraggiarsi nell' altro. Il giudice, penetrato da quanto ha di sacro e difficile l' uffizio, che gli affida la legge, sà bene che il criterio del popolo non è sempre il migliore, e che per lo più i suoi giudizj non hanno altra misura

che quella delle sue prevenzioni. La presenza del popolo è per il giudice magistrato un impaccio di più all'attenzione che richiede la causa dovendo spesso in lui le funzioni *coercitive* distrarre le *giurisdizionali* onde tenere in rispetto e in silenzio la moltitudine.

Ma tutta questa disputa si ristringe in brevi parole. L' indizio come fu dimostrato altrove determina il criterio dell'uno, e dell'altro processo. Tutto è indizio per il giudice popolare perchè tutto per esso è fatto. La confessione del reo, il deposto de' testimonj non hanno per questo giudice carattere di legittimità ma sono quel che gli sembrano, e quel che il suo intimo sentimento ne congettura. Tutto agendo sul di lui animo come fatto: niente essendo appreso da lui con attributo di dritto: il fatto è certamente meglio conosciuto avendolo sotto i proprj occhi che udendolo raccontare: dal che deriva la necessità che il giudice che sentì sia quello che nel giudicato esprima quel che ha sentito. Non si può de' sentimenti far da un uomo ad un altro baratto, e la prontezza con cui il giudice popolare sentenzia è un naturale, e necessario effetto della sua posizione mentre la espressione del sentimento tanto è più sincera quanto è meno distante dal fatto che lo eccitò: a differenza del giudizio dell'intelletto il quale tanto è più retto quanto più lentamente vien pronunziato (1). Ove

(1) Il signor Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires*

l'indizio, attesa la indole della fede giuridica, non è valutabile per quel che l'uomo ne sente ma dee valutarsi per quel che la legge ne giudica, cessa la necessità d'aver la prova nella sua naturale origine dalla bocca del testimone, e del reo. Quanto al primo è duopo ponderare la contestualità, e quanto al secondo le circostanze verificate della confessione emessa da lui, cose storiche non sentimentali, che udite sfuggono alla memoria con facilità, e fissate nella parola scritta più comodamente si studiano: e poichè quanto all'indizio esso debbe avere il giuridico carattere d'indubitato onde sia titolo del massimo della pena *straordinaria* (nè questo carattere può risultare o dal tuono della voce, o dal volger degli occhi, o dal contegno del testimone, e del reo) le stesse ragioni concorrono per preferire la istruzione scritta alla orale: la divisione del giudice decidente dall'interrogante, e registrante le risposte: la pubblicità legale alla popolare (1).

Il soggiungere che la istruzione orale, e popolarmente pubblica è mezzo idoneo a formare

vol. 2. *pag.* 565. sostiene che il giudice dee giudicare più col *cuore*, che collo *spirito*.

(1) Concordano la incompatibilità della istruzione scritta colla discussione orale, e colla popolare pubblicità Feuerbach nel suo *Trattato sulla procedura orale, e pubblica* annunziato dalla *Themis ou Biblioth. du jurisc. vol. 7. pag.* 94—95. Bexon *Developpement de la théorie des loix crimin. vol.* 2. *pag.* 169., e lo stesso Meyer *Esprit, origine etc. des institutions judiciaires vol.* 5. *pag.* 132.

il pubblico spirito è ragione, che a tutte le forme di governo non si applica (1).

La presenza del popolo al giudizio penale è ne' governi che hanno mistura di democratici quasi l' anello di una catena, la quale partendo dal luogo ove si rende giustizia si prolunga, e finisce nelle assemblee pubbliche della nazione. Gli anelli intermedii di questa grande catena sono la libertà della stampa, i giornali, i quali danno al pubblico in tempo notizia delle discussioni giudiciali di un grande interesse, il dritto di suffragio, la facoltà di discutere in parziali assemblee i pubblici affari, e quella specie di magistero che per questi mezzi acquista la opinione pubblica sù tutti gli atti dell' esecutivo potere (2). L' ammissione del popolo ai soli atti o della penale, o della civile giustizia ne' governi, che per la loro natura altro non posson concedere, è incentivo d'una vana curiosità, e distrazione degli uomini da occupazioni più utili a loro, alle loro famiglie, e allo stato (3).

(1) Il signor Poggi *Element. jurisprud. crimin. lib.* 1. *cap.* 4. §. 80. *num.* 18. accenna qualche svantaggio, che allo spirito pubblico può derivare dal merito della causa alla cui discussione il popolo assiste. A dir vero ben ponderando le cose, le osservazioni mie personali nel non breve esercizio della difesa nel sistema della popolare pubblicità, mi hanno convinto, che il popolo nè guadagna nè perde in morale nell'essere ammesso alla discussione della causa. Perchè un popolo arrivi a comprendere ciò che vi si tratta gli fa mestieri d'una lunga educazione, e se si stabilisse in un' udienza la proporzione tra gli uditori istruiti, e i non istruiti si vedrebbe che questi quasi formano l'intero computo.

(2) *Lettres sur l'Angleterre par.* M. Le Baron De Sthael *lettr.* 12.

(3) L'autore delle *Lettres sur la cour de la Chancellerie d'Angle-*

Laonde le questioni, che si agitano: le opinioni che si dividono sugli oggetti del presente capitolo non sono questioni le quali ammettano una decisione assoluta, e senza aver riguardo al dritto pubblico del paese per il quale si debbon risolvere; e chi pensa diversamente mostra di non avere ponderata quanto bisogna la influenza, che le forme del giudizio penale, secondochè il poter giudiciario o spetta con titolo di sovranità a chi lo esercita, o spettando ad un solo ne è a' magistrati delegato da lui l'esercizio, possono avere sulla sicurezza individuale del suddito, e del cittadino (1).

terre etc. pag. 119. osserva come a Westminster vi ha una sala, la quale (sebbene per ragioni diverse) chiamasi *la salle des pas perdus*.

(1) La popolare pubblicità è una specie di *predicato* il quale si applica a qualunque *soggetto* senza alterarne la natura. Il Globig *Censura rei judicialis part.* 1. *cap.* 8. §. 1. *in not.* osserva come presso gli Ebrei i buoni come i cattivi Re amministrarono la giustizia al cospetto del popolo: che gl' Imperatori romani i più tristi fecero altrettanto, e che in pubblico si amministra pur la giustizia in Turchia. Il signor Luden aderisce al Jury, ed alla pubblicità ma reputa tutto privo di garantia senza che il dritto pubblico della città la fornisca. *Annal. de legislation vol* 1. *pag.* 328—30. La difficoltà de' problemi misti di giustizia, a di politics, e relativi alle materie penali fu vivamente sentita ma inesattamente discorsa da Grozio *De jur. bell. et pac. lib.* 2. *cap.* 20. §. 37. da Thomssio *Ad Huber. De jur. civil. lib.* 2. *sect.* 6 *not.* 3. *pag.* 500., e modernamente da Franc. Giust. Kortolt *De just., et prud. poen. in sanct. poen. noviss. utriusque Circ. Rhen. in princ*

CAPITOLO XIX.

Del giudizio del delitto di polizia, e delle competenze.

Le prime questioni di competenza nascono dalle gelosìe reciproche della materia *civile*, e della *penale* (1): prorompono in guerra più aperta là dove la infrazione della *prosperità* pubblica vuol distinguersi da quella della pubblica *sicurezza*: si agitano trà l'*amministrazione*, e la *giustizia*: non cessano in questa seconda materia per rivalità, le quali nascono trà l'*accusa*, e la *inquisizione*: e finalmente il lor fiotto continua per le false analogìe del *pubblico*, e del *privato* giudizio o per i *privilegj* favorevoli, o odiosi, che la legge ha inteso compartire a certe persone: questioni per comporre le quali la *coscienza*, il *senso comune*, le regole platoniche del *giusto assoluto* desunte da un fondamento *morale* della pena non bastano, ma è mestieri, che una *scienza* legislativa pressochè tutta *politica* se ne occupi: imperocchè altro criterio non vi ha per deciderle se non o la *utilità* dell'ordine pubblico, o quella de' privati interessi.

Non è dato parlare di competenza senza ricor-

(1) Ved. il *lib. 1. cap.* 14. §. 2. *pag.* 207., *e seg.*

rere alla teorìa del poter giudiciario: mentre questa forza, ritenendo questo nome nella sua riunione colle altre le quali nel loro complesso costituiscono l'autorità sovrana, prende il nome di *dritto di territorio* allorchè dal sovrano è delegata ai magistrati quasi il suo scopo sia quello di contenere le passioni nemiche dell'ordine coll'ascendente della forza regolata dalla giustizia (1): assume quindi quello di *giurisdizione* nel pratico suo esercizio, e prende in ultimo quello di competenza o per ragione di *materia*, o per ragione delle *persone*, e de' *luoghi* (2).

L'autorità sovrana, creazione del dritto *politico:* necessaria al dritto della *ragione*, e però da questo dritto come sua tutrice riconosciuta, non può sorgere, ed esercitare la propria salutare prerogativa tra gli uomini se non quando i loro politici bisogni incominciano. Nata questa autorità colla società civile non ha potuto ad essa preesistere, ed ha dovuto crescere, e perfezionarsi colle sue fasi: verità comprovata dal ragionamento, e dal fatto. Che se il poter giudiciario è un elemento di quell'autorità, sebbene la storia lo mostri come il primo e più antico sintoma della sua vita e come il primo moto con

(1) Dig. *Lib.* 50. *tit.* 16. *l.* 239. §. 8. « *Territorium dictum est ab eo quod magistratus intra fines ejus terrendi jus habet* ».

(2) Questa teorìa è bene spiegata dal dotto Henrion de Pansey *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques cap.* 11. *et seq.* sebbene non noti la diversa terminologìa, che il poter giudiciario assume nel suo passaggio dall'autorità sovrana a quella de' giudici.

cui essa agisce su i destini degli uomini, è indubitato però che esso abbia trovati preesistenti a lui umani interessi, i quali, nati in aggregazioni che hanno potuto formarsi, e sussistere senza la sua influenza, non hanno avuto bisogno della sua direzione.

Le famiglie formarono i municipj, ed i municipj divennero le unità dello stato (1). L'autorità di una famiglia ad amministrare le sue proprietà, a rimuoverne tutto quel che potrebbe porne in pericolo la sicurezza, turbarne la quiete, corrompere la salubrità dell'aria del locale ov'ella risiede, e inceppare la libera circolazione degl'individui che la compongono, o de' beni che le appartengono è fondata nel dritto di proprietà, nell'interesse che più che ogni altro ha la famiglia a ottenere, e mantenere questi vantaggi, e nella miglior cognizione de' mezzi nella loro applicazione ai luoghi i più proprj, e più pronti per conseguirli. Queste idee trasportate dalla famiglia al municipio hanno indotto pubblicisti di gran nome a pensare, che la giurisdizione a conoscere delle trasgressioni alla polizìa economica non sia una diramazione del poter giudiciario, ma costituisca un diritto inerente alla indole primigenia del municipio (2).

(1) Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal chap.* 1. il quale porta il luminoso titolo « *que l'edifice social repose sur les municipalités* ». A questo principio deferì il legislatore Toscano co' regolamenti del 23 *Maggio*, e 29 *Settembre* 1774. Vedasi *Governo della Toscana ec. pag.* 46—48.

(2) Loiseau *Des offices chap.* 6. *num.* 48., Domat *Les loix civil. etc. part.* 2. *liv.* 2. *tit.* 1. *sect.* 2.,

La materia della polizia economica o edilizia forma quasi un'anomalia, se non vogliam meglio dire una cosa affatto separata, e distinta dalla materia del giudizio penale, e da quella del giudizio civile. Se nel rigore de' principj questa materia apparisce inerente alla indole della persona morale che l'autorità sovrana riconosce nel municipio, è erronea la opinione di chi pensò essere *straordinaria* la giurisdizione la quale decide le controversie di *polizia semplice* (1). Questa opinione deriva dal falso punto di partenza che prende, considerando questa specie di giurisdizione come un *eccezione* che il legislatore faccia al dritto ordinario con cui creò i magistrati delegando loro la pienezza del dritto di territorio (2): mentre nel rigor de' principj quel-

(1) Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal liv.* 1. *chap.* 4. Egli però non tocca l'analogia della famiglia, e del municipio: non spiega bene l'origine della giurisdizione municipale, e non la separa dagli oggetti che egli avea trattati nell'altra sua opera *Du pouvoir judiciaire dans les gouvernements monarchiques*. Se alle due opere qui citate del Presidente de Pansey si aggiungano le altre due *De la competence des juges de paix*, *Paris* 1813, *Des biens communaux, et de la police rurale, et forestiere*, *Paris* 1825., si avrà un trattato aureo originale, e completo delle materie giurisdizionali applicate ai municipj. Se Blackstone avesse lette le opere di questo scrittore avrebbe a lui dati gli elogj che nella sua opera dà a Riccardo Burne *The justice of the peace etc.*

(2) Henrion de Pansey *De la competenee des juges de paix chap.* 1. Il Professor Birnbaum concordando il principio dell' Henrion non concorda l' applicazione della distinzione del dritto romano *inter eos qui quasi magistratus, et eos qui extra ordinem dicunt*. Nel nuovo archivio di dritto criminale del signor Mittermaier *vol.* 8. *pag.* 669. In altro luogo il medesimo Professore *Coup d'oeil sur les loix crim. de l'Anglet. p.* 221. truva analogia tra la giurisdizione *straordinaria*, con cui in

la giurisdizione apparisce avere un indole ed un origine interamente diversa. Ma il dritto feudale introducendo la massima che l'amministrazione della giustizia era inerente al dominio che il signore pretendeva di avere sul suolo padroneggiato da lui a titolo di feudo (1), alterò questo rigor di principj, e forse cancellò le massime del Romano diritto, che relativamente ai municipj gl'Imperatori avean lasciato sussistere (2).

Ma la connessione altrove notata tra gli oggetti della polizia *economica*, e della *governativa*, e quella che dopo questo primo passo si scorge tra l'uffizio della polizìa *governativa*, e quello della *giustizia penale*, scompagina ciò che i principj additarono, e produce gravi perplessità nel

Inghilterra in deroga alla legge comune si giudica con *convinzione sommaria*, e i *crimina extraordinaria* de' Romani sebbene l'analogìa per niun lato ausilìata.

(1) Henrion de Pansey *Du pouvoir municipal liv.* 1. *chap.* 2. *pag.* 10. Allora la *giustizia* potè prendere il titolo di *baronessa*, o *contessa*. Era in uso in Germania la *giurisdizione fruttuaria*, o *patrimoniale*. Il giudice in luogo di salario riceveva i frutti della giurisdizione, ed affittavasi così la giustizia. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 2. §. 1. *in not.* In Francia il principio delle *inamovibilità* de' giudici derivava dall'uso di comprarne la carica. Meyer *Esprit*, *origine etc. liv.* 4. *chap.* 17. *pag.* 607.

(2) Il principio della così detta *centralizzazione* fu dagl'Imperatori romani tenuto ne' suoi giusti confini, ed altrettanto fecero i popoli conquistatori della Germania. Infatti estendendolo fin dove può andare la prerogativa governativa assorbirebbe non che gl'interessi municipali, anco i patrimoniali, e privati del suddito. La storia delle vicende del dritto de' municipj nelle conquiste romane, e barbariche ha fornito ai dotti un vasto campo di erudizione, e di critica illustrato da Gichkorn, Mittermaier, Hülmann, Gaupp, Savigny, Raynouard, Leber, Maurer, Neuman. *V. Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste vol.* 10. *pag.* 443.

dar sistema alle giurisdizioni destinate a conoscere del delitto di polizìa, delle sue varie specie, e del proprio, e vero delitto.

Ne' paesi, ne' quali è in vigore il processo accusatorio moderno, sebbene l'analogìa delle sue forme con quelle del giudizio civile potesse farlo sembrare applicabile a qualunque specie d' infrazione o della *prosperità* o della *sicurezza*, tutto sottoponendo a una *ordinaria* giurisdizione, pure considerando il punto luminoso e caratteristico di quel processo nel *Jury* è stata sentita la necessità di sottoporre a questa forma di giudizio le materie d' importanza maggiore dando alle meno gravi una giurisdizione diversa (1) e tra le più gravi ad alcune un diverso modo di applicazione dello stesso *Jury* (2).

Ponderando la origine, e il titolo delle attribuzioni della polizia *economica*, o *edilizia*, e confrontandola colle attribuzioni *maiestatiche* di segnalare le offese della sicurezza, e punirle non è possibile che la teorìa non discerna una

(1) In Inghilterra conosconsi tre specie di giurisdizioni: quella delle *assise*: quella delle *quarter-sessions*, e quella delle *patty-sessions* fino a un certo punto corrispondenti alla francese divisione delle *Cort d'assise*, *Tribunali correzionali*, *Tribunali di semplice polizìa* senza che però la legislazione abbia adottata la nomenclatura *sistematica di crimes*, *delits*, *contraventions*. Collu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 3., e più specialmente Birnbaum *Coup d'oeil sur le droit crimin. de la Grande-Bretagne pag.* 994.

(2) Nella procedura della *by information* in Inghilterra diretta contro certi delitti sovversivi della pace pubblica, l'accusato sull'autorità della Corte del *Banco del Re* è giudicato da un *piccolo Jury* senza la pronunzia del *grande*. L'annotatore al Collu *loc. cit. pag.* 27. *not.* 15.

diversità grande tra le une, e le altre diguisachè sia dato di dedurle sistematicamente dal fonte medesimo: le prime derivando dal dritto di *proprietà*, le altre dal dritto di *territorio* nel senso giuridico della parola: le une essendo dirette alla conservazione delle *cose*: le altre alla protezione delle *persone*: le une essendo intimamente connesse coll'amministrazione municipale: le altre creandosi dalle combinazioni della mente sovrana.

Così essendo, la indicazione, e la repressione delle trasgressioni contrarie alla polizìa edilizia, qualunque sia il moderno nome anco di *semplice polizìa* che lor si voglia assegnare, teoricamente considerate son fuori della sfera d'azione della *difesa repressiva*, e dell'autorità che la esercita nell'interesse della politica aggregazione (1). Ma questa competenza speciale non si esime per questo dal soggiacere, come ogni altra azione da superiore a inferiore nello stato, dalla direzione dell'autorità suprema che ne guida tutti i moti, e tutte le forze: altro la teorìa non proponendosi che indicare la diversità della sua origine, e del suo titolo.

La connessione del potere che giudica delle trasgressioni contro la polizìa *edilizia* coll'amministrazione d'un patrimonio comune a certo numero di sudditi, e di cittadini, richiama ad

(1) Vedasi Henrion de Pansey *Du pouvoir municip. chap.* 4. sebbene egli non esamini sistematicamente la cosa.

esaminar quella che unisce la polizìa *edilizia* alla *governativa* (1): connessione, la quale non bene apprezzata potrebbe produrre due effetti contrarj all'ordine; o di sottrarre l'una ad ogni vigilanza dell'altra, o di consigliare a questa ad assorbire totalmente quella.

La vigilanza, che la polizìa governativa ha dritto di esercitare sulla edilizia non spetta al poter *giudiciario*, ma spetta piuttosto all'*amministrativo* amendue organi dell'*esecutivo* potere. Fu altrove ponderato come una polizìa *amministrativa* altro non può essere se non la vigilanza dell'occhio sovrano su tutti i moti della macchina dello stato dal loro più alto al loro infimo punto. La delegazione che il sovrano fa dell'esercizio di questo potere di vigilanza suprema crea una forza, la quale diviene il momento regolatore, il criterio generale di tutte: onde la scienza ha in questa forza un legislativo fenomeno da contemplare.

Il vasto, ed implicato complesso delle attribuzioni di questa forza rende difficile d'apprezzarne teoricamente la vera indole. Ove è in uso il processo misto con accusa d'uffizio, essendo rivestita dello splendore della magistratura, la sua creazione è sistematicamente considerata come delegazione d'*impero* senza *giurisdizione* e perciò come titolo di *magistrato* (2). In questo sistema

(1) Vedasi qui addietro *pag*. 333.

(2) Loiseau *Des offices liv*. 1. *chap*. 6. *num*. 64. il quale parla della

non potendosi concepire nel magistrato con accusa d'uffizio un amministratore, e d'altro lato avendo esso attribuzioni di polizìa si è stabilita la differenza tra l'*amministrativa*, e la *giudiciaria*: distinzione inevitabile ove quel sistema si pratica: forse non ben definita ove le circostanze fecero nascere la necessità di discuterne il merito (1), e forse anco indefinibile per una specie di poter magico che in quella istituzione alcuni ravvisano (2).

Lasciando questa istituzione agli stati ne' quali la giurisdizione non è delegata a chi la esercita dal sovrano ma gli è inerente per il dritto pubblico della città (3), ed omettendo d'investigare come e quanto in quella istituzione il principio politico preponderi a quello di giustizia, un osservatore imparziale ravviserà nel sistema del legislatore Toscano i temperamenti i più acconci a fissare i limiti respettivi della *polizìa*, e della *giustizia* nel governo monarchico (4).

La creazione d'una suprema carica di polizìa

creazione degli uffiziali del ministero pubblico, e sulle tracce del quale va Henrion de Pansey *De l'autorité judiciaire etc. chap.* 5.

(1) La discussione, e viva assai si fece alla occasione di stabilire il sistema de' giudizj nella Prussia Renana. Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 2. §. 2.

(2) Henrion de Pansey *De l'autorité judiciaire etc. chap.* 8.

(3) Vedasi qui addietro a *pag.* 281.

(4) Discussero questi limiti il Conte P. W. Hoenlkal *Diss. de ambitu politiae, ejusque a justitiae discrimine, Lipsiae* 1774. Sonnenfels *Principj della polizìa ec. Vienna* 1798. Bergk *Manuale del dritto della polizia germanica, Hanov.* 1799. Lotz *Idea della polizìa, ed estensione della polizìa di stato, Hildburgh* 1807.

rappresenta la delegazione della più nobile, e salutare parte del potere *amministrativo*, che il principe, non potendo tutto colla sua scienza abbracciare (1), fa ad un individuo. Questa delegazione di *forza* la quale non ha regola dalla *legge* ma l'ha tutta dalla *prudenza* è certamente creatrice d'un *magistrato*. Il legislatore Toscano le ne conferì il nome (2) e volendo che il nome alla cosa che esso significa corrispondesse trasse dall'ordine giudiciario, e dai magistrati giureconsulti l'individuo destinato ad esercitarla: onde le abitudini della giustizia fossero il temperamento a una forza non guidata da legge.

La polizìa è di sua indole *inquisitoria*, e questa sua indole apertamente si manifesta ne' paesi ove sono in uso i processi *misti*, sotto la influenza de' quali due forze di polizìa si sviluppano, l'una negli ufficiali dell'*accusa* d'*uffizio*, l'altra in quelli di polizìa *governativa*, la quale per distinguersi da quella è obbligata a prendere il nome di *generale* (3). La *inquisizione giuridica*, inerente al processo, a cui ella dà il nome, non facendo un passo il quale non debba avere il suggello d'una regola di legge scritta, tempera, e pone in doverosi confini l'arbitrio, senza del quale la polizìa governativa dovrebbe rinunzia-

(1) *Princeps non potest sua scientia omnia complecti.*

Tacit.

(2) *L. 22. Agosto* 1784. *Governo della Toscana ec. pag*. 39.

(3) Il signor Berenger *De la justice criminelle en France tit.* 1. *chap.* 5. ha pronunziato sulla indole, sui pericoli, e sulla inutilità di questa polizia *generale*.

re a sè stessa. Questa legislativa combinazione somministra i limiti, che debbono dividere la *polizìa* dalla *giustizia*. Se il magistrato politico oltre ad avere la forza con titolo di *prudenza* ne avesse una con titolo di *giurisdizione*, e potesse stabilir la prova della offesa della sicurezza, e giudicarne applicandovi la legge penale, le sue attribuzioni sconvolgerebbero tutta la teorìa delle competenze nella città invadendo quella che gli piacesse (1), o creando, ed applicando la legge a suo grado (2): le quali riflessioni dimostrano di quanta importanza sia una retta, e sistematica classazione delle offese (3).

Ma restano i delitti di polizìa dichiarati altrove soggetto di contenziosa giurisdizione (4), relativamente ai quali, ed alla competenza di chi dee conoscerne, e giudicarne gravi, ed intricate controversie si suscitarono (5).

Stabilire come alcuni pretesero una differenza tra i meno, e più popolati luoghi del medesimo stato conferendo ne' primi a un solo magistrato il dritto di giudicare del delitto di polizìa, e

(1) È un principio di drillo in Toscana, che ove si tratti di offesa preveduta dalla legge penale la polizìa non può nè conoscerne, nè punirla.

(2) Il legislatore Toscano sentì questo inconveniente, e vi pose rimedio. Cod. Leopold. *art.* 49. 56.

(3) Il legislatore Toscano *riformando* non *codificando*: avendo bisogno di estirpare gli *abusi* non di crear gli *usi* aveva la classazione de' delitti nella *giurisprudenza* che, salve le sue riforme, lasciava sussistere.

(4) Vedasi qui addietro a *pag.* 333.

(5) Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 2. §. 3.

della offesa della sicurezza, e destinando ne' secondi due magistrature diverse (1) sarebbe render difforme la legislazione nello stato, e rompere la gerarchìa che nell'ordine giudiciario le regole del pubblico dritto reclamano (2). La volgata distinzione delle competenze de' tribunali, che gli divide in giurisdizioni di *semplice polizìa*, di *polizìa correzionale*, e di *alto criminale* va soggetta a gravi, e forse inestricabili difficoltà (3).

Questa distinzione in Inghilterra è più pratica, che sistematica. Il grande arbitrio, che lascia ai giudici la *legge comune* come più complesso d'usi, che legge scritta (4) rende abituale e forse facultativo in quel paese il decidere quale azione

(1) Globig *Censura rei judicialis etc. loc. supr. cit.*

(2) Henrion de Pansey *De l'autorité judiciaire etc. chap.* 10.

(3) Questa questione è illustrata dagli scritti di *Mittermaier*, dell'*Oersted*, del *Weiland*, dell'*Hogendorp*, dell'*Hamelsveld*, del *Meyer ec.* Essendo nel sistema di questi scrittori la controversia una specie di laberinto senza il filo d'Arianna, è inutile esporla nel modo con cui ciascuno la discute. Il Professor Birnbaum *Coup d'oeil etc. pag.* 477. *et seq.* osserva come il sistema delle *tre* giurisdizioni s'incontra presso ai Romani, presso agli antichi Germani, in Scozia ec. Egli ravvisa questo sistema presso ai Romani negli *judicia publica*, *privata*, *censoria*. I Romani conobbero i *giudizj pubblici* i quali erano o *ordinarj*, o *straordinarj*: ordinarj se per le *questioni perpetue* straordinarj se agitati in casi speciali innanzi al *popolo*; i giudizj *privati* erano i *civili*, ne' quali si disputava d'interessi patrimoniali. Conveniva dir piuttosto giudizj *pretorj* ne' quali si discutevano 1. gli affari patrimoniali, 2. i *delitti privati*, 3. le *azioni popolari*, le quali eran *pubbliche*. I giudizj *censorj* non entravano nella categorìa delle giurisdizioni criminali.

(4) Chiamasi *dritto non scritto*, *legge consuetudinaria*, *costume*. Hume's *Comentaires on the law of Scotland etc. vol.* 1. *introd.*, e Erskine nelle sue istituzioni del dritto di Scozia citato da Birnbaum *Coup. d'oeil etc. pag.* 220. *not.* 2.

contraria all'ordine sia di competenza delle *petty sessions*, delle *quarter sessions*, e delle *corti di assise* (1). Una regola sistematica onde definire con la legge scritta quale infrazione dell' ordine sia di *polizìa semplice*, quale di *polizìa correzionale*, e quale di *atto criminale*, dovendosi desumere o dal *titolo*, o dal grado *della offesa*, quanto sarebbe compatibile con un corrispondente reparto di giurisdizioni, avuto riguardo al *titolo*, altrettanto sarebbe imcompatibile avuto riguardo al *grado*: essendo non che difficile impossibile a fissare se il titolo o il grado dovesse far nascere la competenza.

La opinione di coloro i quali vorrebbero che i tribunali di polizìa conoscessero delle *trasgressioni* non solo ma anco de' delitti commessi con colpa, e di quelli contrarj al costume anzichè chiarire questa materia la rende più oscura (2). Considerando la offesa della sicurezza per la causa morale che la produce non solo è valutabile la colpa, ma è pure da valutarsi l'errore o di dritto o di fatto, e il possibile decremento del dolo per giusto dolore, per eccesso possibile di difesa, per

(1) Spesse volte i giudici di pace con una finzione, la quale non ha altro titolo che il loro arbitrio tolgono al *delitto* le circostanze *aggravanti*, che lo accompagnano per renderlo di competenza delle *quarter-sessions*. Cottu *De l'administration de la justice en Angleterre chap.* 2. *pag.* 26. Circostanza non notata dal Professor Birnbaum *Coup-d'oeil sur le droit criminel de la Grande Bretagne pag.* 492. Questo fatto risponde a que' più imaginosi che ingegnosi scrittori, i quali per sostenere il *Jury* si sforzano di riferire il *dritto penale* al *giusto assoluto* e al raddrizzamento della morale stortura delle azioni umane.

(2) Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 2. §. 3.

ebrietà, e per impeto di passione (1). In tutti questi casi è impossibile, che il fatto si presenti o all'accusa, o alla inquisizione così liquido, e certo, che l'una o l'altra possa intitolarsi di quel preciso grado d'imputazione, che il delitto si merita, e spesso avviene, che il grado formandosi per la influenza di circostanze, le quali per essere apprezzate esigono lungo e maturo esame, non somministrerebbe un titolo pronto di competenza come è necessario perchè il delitto venga sollecitamente verificato. Tra i delitti contro al costume, se vi si collochino alcune illecite unioni tra i due sessi, un solo e medesimo fatto materiale può essere nell'alternativa o di delitto di polizìa, o di delitto d'alto criminale (2). Le quali considerazioni dimostrano, che le tre indicate giurisdizioni non poggiano sopra basi sistematiche, ed invariabili.

Il legislatore Toscano ammesse due sole specie di giurisdizione: quella de' *magistrati di polizìa:* e quella de' *magistrati ordinarj* (3), partizione che più si avvicina al concetto, che la gran mente del Beccaria si formò della classazione delle infrazioni dell'ordine (4).

La opinione de' più sensati è che la divisione delle giurisdizioni in *criminale, correzionale,* e di *polizìa* dovrebbe esser fondata sopra una ra-

(1) Ved. il *lib.* 2. *cap* *X—XI.*
(2) Ved. il *lib.* 3. *part.* 3. *cap.* 5. *pag.* 338.
(3) Cod. Leopold. *art.* 55. 56.
(4) Ved. il *lib.* 2. *cap.* 6. *pag.* 108.

zionale, e sistematica differenza delle azioni delittuose (1), mentre il fatto dimostra, che quella partizione non ha altra base se non la diversità delle pene (2).

Che il primo criterio sia falso è stato già dimostrato: che il secondo egualmente lo sia è facile dimostrarlo.

La distinzione delle pene d'*alto criminale*, *correzionali*, e di *polizia* è stata suggerita dal falso criterio del *pubblico esempio*, a cui si son riferite le prime (3), e dal non meno erroneo d'uno scopo correzionale nelle pene, il quale sistema ha dovuto lasciare quello di polizia senza scopo determinabile, onde questo sistema si riduce tutto a valutare come titolo di competenza la relativa gravità delle pene, petizione di principio, la quale ripropone sotto altri nomi l'errore già confutato del desumerlo da una sistematica distinzione della gravità de' delitti.

Tutta questa disputa deriva dal non aver ben

(1) Weiland *Supplemento alla scienza de' principj della legge penale*, *Delft*. 1826. Hogendorp *nel magazzino della scienza del dritto del* S. Hamelveld, *Delft*. 1826 *p*. 313. opere citate dal Prof. Birnbaum *Coup d'oeil etc. pag*. 496. *not* 2.

(2) Meyer *Esprit*, *origine etc. des institutions judiciaires vol*. 5. *pag*. 477. il quale argomenta dai Tribunali alle carceri. Il Professor Birnbaum facendosi contradittore del signor Meyer pretende essere indifferente distinguere per il lor respettivo carattere le infrazioni dell'ordine e distinguerle per la gravità della pena *Coup d'oeil etc. pag*. 495. Questo modo di ragionare confonde la *teoria*, che può insegnare a ben *classarle*, colla *pratica* de' Tribunali costretti a desumere la classazione dalla gravità della pena: errore già da gran tempo rimproverato ai pratici e di cui fu già parlato *lib*. 2. *cap*. 5. *pag*. 75. *not*. 1. 2.

(3) Ved. il *lib*. 3. *part*. 2. *cap*. 1. *pag*. 98.

fissato il criterio della classazione delle infrazioni dell'ordine. Se il vero criterio della *scienza della legislazione* in quest'opera consiste nel ben collocare i *titoli* osservando come il giudizio sul grado diviene attribuzione della giurisprudenza (1) le principali difficoltà spariscono, e poche ne restano ad adombrare questa non facil materia. Il tribunale investito della cognizione del titolo è per ragione di connessione investito pure di quella del grado, lo che esime dal formare una classe di delitti a parte se siano stati commessi con colpa, ed erigere per questi rarissimi casi una giurisdizione correzionale. Ne' paesi nei quali è stata creduta necessaria questa istituzione è stato commesso l'errore di valutare il delitto per il suo grado mentre dee esser valutato per il suo titolo, ed è stata ammessa la contradizione di dare ai magistrati di alto criminale la facoltà di stabilir pene correzionali (2). L'errore è venuto dal seguir la scorta fallace del principio morale abbandonando la più critica del politico. La contradizione fu cagionata dal non aver bene apprezzata la indole della competenza, formando d'un solo e medesimo titolo per un tribunale la *regola*, e per un altro tribunale la *eccezione*. Questo sistema riempie la laguna di quello, che ammette come titolo di competenza la *colpa*, e dà campo alla giurisprudenza di valutare il *grado* qualunque ne possa esser la causa.

(1) Ved. il *lib. 2. cap. 7. pag.* 151.
(2) Code *d'instruction crim. Paris* 1809. *art.* 365.

Le leggiere difficoltà che pur restano si verificano in quelle infrazioni dell' ordine, alle quali fu condisceso a dare il nome di delitti di *polizìa correzionale* (1); e se si rifletta che il decremento del *grado* in certi gravissimi titoli di delitto dee essere per le cose osservate qui sopra valutato dai tribunali competenti a conoscere del titolo: che la pena in certi infimi gradi non può avere altro oggetto che quello di correggere il delinquente: queste riflessioni persuaderanno assai facilmente, che gli enunciati titoli di delitto per una nuova ragione di connessione debbono esser commessi alla cognizione de' tribunali ordinarj e non ne meritano uno a parte coll' epigrafe di correzionale.

Restano le trasgressioni contrarie alla *sicurezza*, delle quali fu detto convenire a reprimerle la pena *afflittiva*, e non essere adeguata la *pecuniaria* (2). Una nuova ragione di connessione induce a credere, che la cognizione, e la punizione di queste trasgressioni debba essere deferita ai tribunali ordinarj. Non è disprezzabil concetto quello il quale divide le leggi penali in scritte in termini *assoluti*, e in scritte in termini *condizionali*, distinzione in altro modo spiegata traducendola alle cose delle quali l' uomo può disporre, e a quelle delle quali non può disporre (3). Essendo il tribunale ordinario incaricato

(1) (2) Ved. il *lib.* 3 *part.* 3. *cap.* 5. *pag.* 335.
(3) Ved. il *lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 5. *pag.* 82. *n.* 1.

d'infliggere pene afflittive: non essendo giusto d'irrogarne alcuna sebben modica con altri metodi che con quelli dalla legge prescritti per le più gravi: essendo le trasgressioni alla polizìa della sicurezza spesso simili in indole all'offese che ne sono un completo sovvertimento non si saprebbe scorgere perchè delle prime non dovesse conoscere il tribunale ordinario incaricato di conoscere delle seconde (1).

Si ripresenta quì la necessità d'una completa, e metodica classazione de' delitti di polizìa della *sicurezza* come si presentò parlando de' delitti di polizìa *correzionale*. Le nozioni di questi due umani trascorsi si trovano in stretto contatto colla opinione al sommo di natura sua *suscettibile* che la forza si forma della sua sicurezza, e che l'autorità, la quale s'incarica della direzione degli uomini, si forma della loro moral perfezione: due *ragioni* d'agire troppo soggette a degenerare in *pretesti*.

Non si saprebbe comprendere come l'edifizio della *giustizia penale* costruito sopra certe e stabili basi, e quello della *polizia punitiva* eretto su i dati che la prudenza legislativa può suggerire i migliori non si credano bastanti a contener gli uomini ne' confini della disciplina sociale, e si reputi necessaria una forza, la quale, tutta arbitrio dell'uomo, crei delitti e trasgressioni a sua voglia: inventi le pene a que' delitti proporzio-

(1) Questo è salve poche eccezioni il sistema adottato dal Toscano legislatore.

nate, ed il metodo che più le sembra opportuno a giudicare degli uni, ed irrogare le altre. Questa, non istituzione ma usanza, ove la legge avesse completamente provvisto alla classazione delle offese, de'delitti, e delle trasgressioni, non avrebbe altro titolo che lo zelo segnalato altrove come passione per se stessa encomiabile ma troppo spesso alla giustizia pericolosa.

Se dalle trasgressioni che meritano pena *afflittiva* si passi a quelle che la meritano *pecuniaria* comecchè il giudizio di queste trasgressioni produce effetti simili a quelli del giudizio *privato* sebbene a favore del pubblico, potrebbe nascer la idea che per la loro persecuzione dovesse in quello procedersi per via di *accusa* come si procede in questo per via di *domanda* colla sola differenza, che nelle trasgressioni le quali consistono in uso o trasporto di certi determinati oggetti non fosse lecito di presentare accusa se non nel caso in cui il trasgressore fosse trovato in trasgressione flagrante verificabile per mezzo di testimonj chiamati a far fede della invenzione delle cose vietate indosso a lui (1). La ragione d'adottare in queste trasgressioni il processo accusatorio in preferenza dell'inquisitorio è assai manifesta. L'esperimento a cui l'inquisitorio sottopone il reo negativo oltre all'essere

(1) L'accusa delle trasgressioni non può non esser pubblica, e però proponibile per mezzo di accusatori scelti tra gli agenti della polizia o *edilizia*, o *governativa* a seconda delle specie delle trasgressioni verificabili.

espediente eccessivo in causa di denaro non ha il compenso che suole avere in causa di pena afflittiva perchè al succombente non è abbuonata la carcere sofferta in conto di pena: nè vi ha relazione di sorte alcuna trà il denaro, e la libertà (1).

Se la pena pecuniaria ravvicina il giudizio penale al civile nel suo finire, non ve lo avvicina meno la pena stabilita dalla legge nell'interesse privato nel suo cominciare. Fu altrove osservato come la distinzione de' delitti in *privati*, ed in *pubblici* risparmia il moto soverchio, e troppo ripetuto della legge penale (2). Questa distinzione adottata dal legislatore Toscano (3) non si confà al processo misto con accusa di uffizio, nel qual processo una magistratura accusatrice tale deve essere esclusivamente, e in preferenza d'ogni altro: d'onde nacque la invenzione d'una *parte civile*, la quale in causa di sangue è obbligata a chiederlo per chieder denaro. Il processo accusatorio è ne' delitti *privati* preferibile all'inquisitorio sia perchè non essendo questo giustificabile che nell'interesse della sicurezza pubblica la legge si pone in contradizione con se medesima applicandolo a interessi privati: sia perchè altro non essendo l'accusa dell'offeso

(1) « *Non bene pro toto libertas venditur auro.*
Il Poggi sembra coincidere con queste osservazioni. *Elem. jur. crim. Lib.* 1. *cap.* 2. §. 35. *not.* 17. illustrando gli *art.* 15. 19. *del Cod. Leop.*

(2) Ved. il *lib.* 1. *cap.* 14. *pag.* 231.

(3) Cod. Leopold. *art.* 3. §. 3.

se non un' asserzione, che egli assume l'onere di provare o egli ha il mezzo di farlo o non l'ha: se lo ha è inutile, che il processo gli somministri una forza ausiliaria per farlo, e se non l'ha egli non ha il dritto di chiedere alla legge una forza implorando la quale confessa da se medesimo non aver avuto titolo di proporre l'accusa (1).

Il numero de' magistrati è strettamente connesso colla economìa dello stato (2): nè ciò che una scientifica teorìa può suggerire o ha il carattere della infallibilità, o può aver la pretensione d'essere accolto. Il legislatore Toscano, riformando non costruendo di nuovo, nè potette enumerare o classare i delitti di polizìa, nè tra loro distinguere quelli che son creati dalla legge e quelli che son creati dall'autorità amministrativa per bisogni locali o di circostanza, nè trarre una linea divisoria tra i delitti di polizìa, e le offese della sicurezza. Quindi nel piano della sua legge molte trasgressioni sono di competenza dei magistrati ordinarj, e quelle di competenza dei

(1) In Inghilterra l'adulterio volontario in tempo della repubblica nel 1650. fu dichiarato delitto pubblico, e fellonia senza privilegio clericale. Dopo la restaurazione divenne ingiuria privata al marito. Blackstone *Comentaires on the law of England b.* 4. *chap.* 4. Il marito per il solito si consola chiedendo una forte somma a titolo di riparazione contro l'adultero *b.* 1. *chapt.* 8. e molti sono i motivi i quali lo fanno decadere dalla sua domanda. Christ. *Annot. a dett. cap.* Il nome dell'Alfieri si legge tra gli accusati celebri per adulterio in Inghilterra. Aignan *Histoire du Jury chap.* 21. *in fin.* Sulla congruità di ammettere la distinzione de' delitti *privati*, e *pubblici* fu già ragionato altrove *lib.* 1. *cap.* 14. §. 1. *pag.* 230—232.

(2) Globig *Censura rei judicialis etc. part.* 1. *cap.* 2. §. 11.

magistrati di polizia sono per quanto sembra di creazione del loro savio, e prudente arbitrio salvo ricorso a lui. Oltracciò nel suo piano, eccettuati i casi ne' quali è vietato di proceder d'uffizio e il processo aspetta o il caso della sorpresa in flagrante delitto, o la querela dell'offeso (ai quali casi però la procedura ordinaria è dall'atto iniziale in poi generalmente applicata) la inquisizione è il solo metodo con cui si procede. È facile accorgersi che questo edifizio aspettava un perfezionamento futuro, al quale gli avvenimenti hanno poi sempre frapposto un'ostacolo, e che la mente legislativa avea potuto concepire la congruenza d'una divisione di attribuzioni di polizia *edilizia*, e di *polizia governativa:* la ingerenza ai magistrati di questo secondo titolo di tutte le trasgressioni di pena pecuniaria, e l'invio al giudizio civile de' delitti il cui titolo era stato dichiarato privato, dando a tutti pena pecuniaria con arresto personale del condannato onde viemeglio assicurarne la esecuzione.

Il processo accusatorio antico presuppose una giurisdizione di appello, e a questo rimedio la legge sottopose i suoi giudicati (1). Il processo misto, che gli successe convertì salve poche eccezioni (2) in regola generale, e costante di dritto ciò che forse innanzi era in certi delitti una massima della costituzione dello stato (3). Il processo

(1) Ant. Math. *De criminib ad lib.* 48. *dig. tit.* 18. *cap.* 5. *n.* 1.

(2) Math *loc. cit. num* 5. 6.

(3) Cic. *De legibus lib.* 3. *cap.* 3., Lamb. Dorhoul *Diss. de provo-*

inquisitorio col tristo treno de' difetti che gli sono inerenti ammette pure come regola ordinaria di dritto l'appello dal giudice inferiore al superiore (1). Nè il processo accusatorio moderno nè il processo inquisitorio emendato conosce due giurisdizioni l'una di prima, l'altra di seconda istanza (2).

A questo punto i due processi sembrano di nuovo ricongiungersi insieme, e quasi allegrarsi d'essere posti a confronto tra loro. Nel processo accusatorio moderno la risoluzione da alcuni giustamente chiamata quasi divina della unanimità (3) inspira alla legge la opinione della incensurabilità del giudizio. Nel processo inquisitorio emendato l'analisi giuridica nel rintracciar la prova: il suo giuridico calcolo, e il principio che a pena irreparabile non possa esser titolo la prova indiziaria inspira alla legge la opinione, che l'error giudiciario non avrà nell'innocente una vittima.

Così la scienza librando sopra giusta bilancia il dritto della società accusatrice, e quello dell'individuo accusato trova sempre ragionate, e uniformi le sue conclusioni.

cat. ad populum rom. maxime sub Regibus, *Groningae* 1827. §. 2., Herman. Tollius *Diss. de quaest. rer. capit. in civ. rom. variis temp. exercita*, *Hardevonii* 1777. *pag.* 2.

(1) Brunemann. *Tract. jurid. de inquisit proc. cap.* 11. *num.* 14. 19. ove discute, e concilia le tra loro discordi opinioni.

(2) Quanto al processo inglese vedasi Globig *Censura rei judicialis part.* 1. *cap.* 2. §. 4. *p.* 19. Quanto al processo toscano vedasi il Cod. Leopold. *art.* 119.

(3) Globig *loc. supr. cit.*

CAPITOLO XX.

Nozione giuridica del processo penale: sua indole: conclusione dell' opera.

Le umane passioni restano tenaci, e inflessibili sempre al loro proposito, determinate come di loro natura sono a ravvisare l' oggetto a cui si dirigono nel modo, e nell' atteggiamento che meglio si addice al loro scopo presente. La ragione calma, impassibile, che non dominata da simpatìe o antipatìe per gli oggetti che esamina, intenta ad apprezzarli per le sole relazioni che bene conosciute possono fornir la idea dell' ordine necessario a governare i lor moti, ad altro non mira che a rintracciare quest' ordine, e a renderlo arbitro de' terreni destini degli uomini.

Gittando lo sguardo sulla storia del giudizio penale scorgesi qual tristo governo ne fecero, e pur tuttora ne fanno le passioni selvagge, le barbare, le superstiziose, le politiche, le fantasìe, le preconcepite opinioni, i capricci stessi della umana natura. Ancorchè in questo trambusto la ragione volesse scrutare i bisogni, e le leggi dell' ordine sembrerebbe a prima vista che il numero, la implicanza, il vario e spesso contrario carattere degli ordigni, i quali nel loro complesso, e nel moto loro costituiscono il giudizio pe-

nale rendano allo spirito umano impossibile una nozione razionale, esatta, invariabile della forma che esso deve assumere per giungere con la maggiore giustizia, e colla utilità maggiore al suo scopo.

Le cose esposte fin qui sulle relazioni che le forme di quel giudizio hanno col dritto pubblico della città, e sulla necessità che quasi lo costringe a prendere l'alternativa o dell'*accusa*, o della *ricerca d'uffizio*, secondochè o l'elemento *democratico* o il *monarchico* lo signoreggia, sembrano confermare la idea della necessaria inevitabile lor varietà.

Se l'alternativa in cui per le sue origini storiche trovasi il giudizio penale d'aver forma *accusatoria*, o di averla *quesitoria* fosse inerente alla sua indole, tutto il sistema diretto a stabilire la nozione della offesa, e della difesa della sicurezza sociale non sarebbe rappresentativo dell'ordine che la mente umana può concepirne: perocchè incontrerebbe un ostacolo nel processo accusatorio dominato da capo a fondo dal criterio *istintivo* dell'uomo, e quindi di sua natura incompatibile con ogni qualunque siasi principio *scientifico*, e con qualunque regola di legge che lo avesse per base.

Dovrebbesi piuttosto da questo stato di cose arguire, che le politiche libertà, alle quali il processo accusatorio intende servire, non hanno nemico più fatale e irreconciliabile della scienza, e che in questa considerazione ha un nuovo, e

più valevole appoggio il paradosso di coloro i quali insegnarono, non vi essere vera libertà se non dove tutti sono eguali nella ignoranza (1).

Lo stesso principio di giustizia adottato in tutta la sua purità nel giudizio civile sembrerebbe far causa comune coll' accusatorio processo e dar bando perpetuo all' inquisitorio, e scientifico. Infatti il giudizio civile, rappresentante legittimo della naturale giustizia, desume da' suoi oracoli le fondamentali sue basi. Ove un attore, e una domanda non sia, giudizio non vi può essere, e il processo accusatorio proclama la massima che niuno senza accusa può esser imputato come offensore della società (2). Il giudizio civile prescrive, che i due litigatori siano sempre e senza eccezione trattati con pari diritto, che ciò che ad uno non è lecito non sia lecito all' altro, e la stessa massima è professata dal processo accusatorio (3). Il giudizio civile esige una decisione definitiva: lo stesso esige l' accusatorio processo (4): quello ammette che l' attore in man-

(1) Rousseau *Discours sur l' origine de l' inegalité des conditions parmi les hommes*.

(2) È noto l' antico detto « *non possumus reum facere quem nullus accusat* », e l' altro « *nemo sine accusatione damnandus* ». Vedasi il Dig. *Lib.* 50. *tit.* 4. *l.* 6. *lib.* 48. *tit.* 5. *l.* 38.

(3) Il supposto dell' *uffizio del giudice* finchè fu in vigore il processo accusatorio non ha appoggio nella *l. uti falsi* 22. *cod. ad. l. Corn. de fals.* ove anzi è notato doversi quanto ai litigatori starsi il giudice *medius inter utrumque*. Vedasi il Golofredo *Coment. ad cod. Theod. vol.* 3. *pag.* 171. Il signor Meyer *Esprit, origine des instit. judiciair. etc.* riprova a ragione *l' uffizio del giudice* nelle cause civili.

(4) Vedasi qui addietro a *pag.* 65.

canza di prova sia in tutto rigettato dalla propria domanda: la stessa regola è adottata da questo (1): l'uno rigetta l'uffizio del giudice: l'altro professa il principio medesimo (2). La differenza del giudizio civile, e del processo accusatorio può tutta consistere nella tempra del giudice o dotto o indottò o giureconsulto, o fornito di solo naturale criterio, la qual differenza deriva dal credersi, o non credersi il *Jury* alle materie civili applicabile (3).

Tale essendo l'analogìa tra il giudizio civile, e il processo accusatorio, ed essendo il giudizio civile modellato sulle più schiette regole della naturale giustizia, vale a dire del giusto assoluto, nasce quì una riflessione della più grande importanza. Non che le passioni o selvagge, o barbare, o superstiziose, o politiche della natura umana anco i principj, e le idee di giustizia cospirano a dare al processo accusatorio la preferenza sul quesitorio, e a farlo ravvisare come il più coerente ai voti della umana ragione.

E qui appunto occorre notare gli errori, nei quali la privata ragione facilmente s'illaquea, e la falsità non che il pericolo de' sistemi i quali

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 65.

(2) Vedasi qui addietro a *pag.* 13.

(3) Vedasi il *lib.* 1. *cap.* 15. *pag.* 271. *not.* 1. Questa controversia è ingegnosamente discussa, e decisa contro al Jury dal sig. Royer Collard il quale esamina le più antiche opinioni del Tronchet, e del Duport, e le più moderne del sig. Bellot *Introd. aux lettr. sur le cour de la Chancellerie d'Anglet. pag. XLIII—VII.*

fondano ogni lor base nel giusto assoluto quando vogliönsi applicare alla società.

Le ragioni de' provvedimenti della legge nel giudizio civile, emanazioni immediate del principio di giustizia tra privato e privato, non si applicano nè applicar si potrebbero al giudizio penale, espediente politico, creazione interamente sociale, ed ignota al gius di natura (1): nato dalle relazioni che l' offesa fa nascere tra l' offensore, e la società.

Fu già indicato il diverso ufficio del dritto civile, e del dritto penale, e i limiti che gli dividono nel danno che l' offesa ha arrecato o al privato o alla società, restando il primo di dominio sempre del dritto civile, essendo il secondo d' assoluto, ed esclusivo dominio del dritto politico (2). L' applicazione di questi principj all' esame della forma di procedere, di cui il giudizio civile, e il giudizio penale ha bisogno, spiega come la strada dell' uno non può essere la strada dell' altro; e che in conseguenza le analogìe del processo accusatorio colle forme del giudizio civile non forniscono un saldo, ed esatto criterio delle forme, le quali convengono al giudizio penale.

Ne' casi, i quali richiedono l' azione della legge civile, non essendovi nè titolo nè necessità di difesa, la società non ha dritto d' intervenirvi.

(1) Vedasi il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 3. *pag.* 155.
(2) Vedasi il *lib.* 2. *cap.* 5. *pag.* 85.

Il dritto di cui si disputa interessa i litigatori e non altri, e se un di loro come attore non lo asserisse ed un altro come reo convenuto non lo impegnasse, la società non avrebbe motivo di suscitare un esame a cui niun la richiama. In questi casi ella interviene al giudizio come *arbitra* tra l'uno e l'altro litigatore onde cessi l'equivoco che muove l'uno contro l'altro a contesa.

Ne'casi, i quali richiedono l'azione della legge penale, l'annunzio solo della offesa della sicurezza sociale risveglia l'ufficio di chi ha il dovere di difenderla. Fu già osservato che se l'offesa altro non contenesse che il danno privato la società dovrebbe abbandonare il pensiero di perseguitarlo all'offeso: che la sua vigilanza, e il suo ufficio son posti in moto da quanto nell'offesa vi ha di lesivo della sicurezza dell'aggregazione politica (1). Nè la difesa per questo caso è tale che o il privato abbia sempre interesse a reclamarla (non avendo esso altro interesse diretto se non al ripiano del privato suo patrimonio) o abbia forze a fornirla. La sola società ha interesse, e mezzi sufficienti al bisogno: perocchè ella è la sola danneggiata, ed ella sola può maneggiar la pena come difesa (2).

Esaminata per tal modo la cosa, è innegabile che la società, unica interessata all'offesa che

(1) Vedasi il *lib.* 2. *cap.* 5. *pag.* 87.
(2) Vedasi il *lib.* 3. *part.* 2. *cap.* 5. *pag.* 163.

ne viola la sicurezza, ha in tutto ciò che vi si riferisce due separati, e distinti caratteri: l'uno di persona offesa: l'altro di persona competente ad esserne giudice: senzachè ella possa come nel giudizio civile rivestire il carattere d'arbitro, come tale concordato da' due contendenti.

Questa singolar posizione della società *offesa* nella sua sicurezza, e *giudice* in un tempo del modo con cui provvedere alla propria difesa è la stessa che quella dell'individuo, il quale nel caso di aggressione presente è costituito dal dritto della ragione, sebbene offeso, giudice incensurabile dell'uso della forza che gli è nelle circostanze necessaria a difendersi (1).

Chi può concepire in questo giuridico stato di cose la necessità d'un *attore*, e d'una *domanda* onde nasca, ed abbia vita il giudizio? Ed è per questo che i due giudizj *civile*, e *penale* volgonsi l'un l'altro le spalle, e si muovono in direzioni affatto diverse: perocchè la società non può farsi *attrice* vale a dire *accusatrice* se ella è nella necessità d'esser *giudice*, e se ella delegasse ad alcuni de' membri che la compongono l'uffizio di accusare, e ad alcuni altri quello di giudicare, sarebbe questo un giuoco miserabile di parole, e gli uni, e gli altri sarebbero sempre sebbene con nomi diversi una sola, e medesima cosa.

Essendo irregolare, ed ingiusto che chi dee giudicare accusi: essendo la società sola giudice

(1) Vedasi il *lib.* 3. *part.* 1. *cap.* 4. *pag.* 52—53.

delle offese della sua sicurezza: dovendone ella giudicare come l'individuo assalito da ingiusto aggressore vale a dire nel solo e vero caso d'aggressione, entro i limiti della necessità, e senza eccesso, vale a dire con esatta, e rigorosa giustizia, più conseguenze derivano da queste premesse, tutte dirette a stabilire la nozione giuridica del processo penale.

I. La *ricerca d'uffizio*, rappresentando la società, la quale indaga la realtà dell'offesa per provvedere alla propria difesa è il vero e giuridico atto iniziale del processo penale, ed è anco il più logico perchè la ricerca prima prova e poi asserisce, mentre l'*accusa* prima asserisce e poi prova (1).

II. La ricerca d'uffizio indagando non asserendo considera la persona contro cui si dirige come mezzo di prova. Ma allorchè alla prova dee succedere l'asserzione, la ricerca d'uffizio, nascente dal dritto, con cui la società si difende, incontra nell'uomo, che si propone colpire coll'asserzione di reità, il dritto della natura, a cui ella deve lasciare libero il campo della difesa onde esso provi se può o che l'operazione della ricerca è erronea, o che il titolo della offesa non è quello di cui gli è fatto rimprovero, o che minore nè è il grado, o che da lui offendendo la

(1) Di qui apparisce l'errore di chi caratterizza il processo quesitorio quello in cui il giudice *accusa*, *conosce*, e *decide*. Vedasi qui addietro a *pag* 291. *not*. 3.

legge è stato esercitato un dritto protetto o dalla natura o dalla società (1).

III. Dovendo la società come assalita nella sua sicurezza giudicare della realtà e della forza dell'aggressione con scrupolosa giustizia ella non può abbandonare questo giudizio al privato arbitrio dell'uomo ma dee provvedervi con regole le quali assicurino che il giudizio è suo non dell'uomo, lo che far non può se non con legge scritta la quale stabilisca con esattezza l'indole dell'offesa: i diversi gradi della maggiore o minore sua forza: i diversi caratteri, e i diversi momenti de' mezzi di prova necessarj a stabilirne la realtà (2).

IV. Dovendo la legge scritta individuare con precisione il titolo, il grado, il tenor della prova della offesa lo che spetta alla *scienza della legislazione* nè ciò dato essendo all'ingegno u-

(1) Alcuni illudendosi sulla esattezza della ricerca analitica hanno sostenuta la inutilità della difesa, e l'hanno negata al reo come incentivo alle tergiversazioni e ai cavilli. Vedasi Boerio *Pratica del processo criminale pag.* 113. confutato dall' Avv. Marocco *Difese criminali vol.* 1. *p.* 19. Come rispondere a chi sostiene simili cose senza aver riconosciuto un dritto anteriore a tutte le politiche istituzioni degli uomini?

(2) Bentham preferì il dritto *statutario*, o legge scritta alla *legge comune*, o consuetudine in Inghilterra, ma ciò sostenne perchè parteggiante pe' *codici* gli era inevitabile sostenere la necessità della legge scritta. Il sig. Cooper nella sua bella, e dotta appendice sulla codificazione osserva come niente più prova la giustezza delle osservazioni della scuola storica quanto il formicolajo di codici penali comparsi e dispersi a' dì nostri. *Lettres sur la cour de la Chancell. d'Anglet. append. F. pag.* 361. *not.* 1.

mano di fare in un tratto (1), apparisce la necessità d'una *giurisprudenza*, la quale, registrando i casi che avvengono, faccia tesoro di analogie onde meglio giudicare de'casi avvenire (2).

V. Dal che consegue, che il processo penale debba essere opera di persone perite nel dritto, a ciò destinate, educate, e da lunga pratica rese abili al retto esercizio del lor difficile ministero (3).

VI. Il qual sistema conduce a far ravvisare il processo penale adottato dal legislatore Toscano come il migliore, che lo spirito umano tra le infermità che d'ogni lato il circondano, e tra le perplessità, che spesso in questa materia s'incontrano abbia potuto inventare onde porre in concordia i voti spesso tra loro contrarj della giustizia, e della politica.

(1) I primi ordini che Napoleone dette per la compilazione d'un codice civile prescrivevano che fosse composto in *tre mesi*. Il signor Malleville *Analyse raisonnée de la discussion du cod. civ. etc. prefac.* osserva che egli e i suoi colleghi a forza di fatica riuscirono a fare un codice civile in quattro mesi, al qual detto il sig. Cooper pone tre punti ammirativi. *Lettres sur la cour de la Chancell. d'Anglet. pag.* 194. *in. not.*

(2) Tra gli encomiatori delle *decisioni* motivate, e scritte trovasi il Bentham detto il Nestore de' parteggianti de' codici. *Papers relat. to the codif. pag.* 37. e tra gli spregiatori il sig Meyer *Esprit, origin. etc. des inst. judic. vol.* 2. *pag.* 5. sebbene favorevole ai codici. Sulle *decisioni*, e sul miglior modo di compilarle, e raccoglierle è da vedersi l'autore delle *Lettres sur la cour de la Chancell. d'Anglet. lettr.* 31. colle erudite note del sig. Cooper.

(3) Cromwell sentì il pericolo di aver giudici ignoranti in giurisprudenza, e la necessità di sceglier magistrati che avessero coltivato lo studio delle leggi. *Lettr. sur la cour de Chancell. d'Anglet. pag.* 149.

Se queste deduzioni son vere, la nozione del processo penale, che ne deriva apparirà essere *razionale, progressiva, invariabile*.

Ella presenta il primo carattere se si osservi la sua conformità alla situazione nella quale il dritto della ragione contempla l'individuo assalito, e alle regole, che in quella situazione quel dritto prescrive. Ella presenta il secondo mentre se il processo accusatorio è, nè altrimenti può essere, una combinazione di *forze*, per l'equilibrio delle quali la legge altro far non può se non dar loro tutta la libertà, e tutta la energìa, che esse attinger possono dalla natura senza limiti razionali che le governino, e se il processo quesitorio è una combinazione di *atti* rintracciati dalla ragione come limiti delle prevenzioni sinistre, della precipitazione, e dell'arbitrio degli umani giudizj, è evidente che il processo penale quanto più si avvicina a quel secondo modello più divien coerente ai bisogni della umana ragione, e più cammina paralello colla civiltà: la qual cosa è dalla storia pur confermata, scorgendosi il *Jury* nascere e crescere selvaggio tra le foreste della Germania, e il processo quesitorio apparire co' primi albori del risorgimento delle scienze, e delle lettere in Europa. Ella presenta finalmente il terzo carattere: perciocchè se la nozione del processo penale apparisce dedotta da più puri e saldi principj del dritto increato, tale per le prerogative della ragione, indipendente dal fatto dell'uomo, ed applicato alla per-

sona morale della società, la nozione avrà a proprio favore il voto della giustizia, la quale per variar di circostanze, e di forma di governo non varia.

In fatti se all'oggetto che la società giudichi dell'offesa inferita alla sua sicurezza è necessario, che il suo giudizio ne' suoi elementi di *dritto*, e ne' suoi elementi di *fatto* apparisca essere ciò che la legge preventivamente ha stabilito, che esser dovrà; ed è duopo a tal' oggetto che il sovrano troppo forte per far la legge e applicarla deleghi il poter giudiciario a' magistrati giureconsulti destinati ad essere leggi parlanti (1) questa delegazione del sovrano o al cittadino, o al suddito può facilmente esser concepita purchè il sovrano rappresenti tutte le forze sociali o in un solo individuo o in più, o in tutti i componenti l'aggregazione politica: tutto riducendosi al modo della scelta, e della nomina de' magistrati, lo che è atto amministrativo non legislativo come altrove fu detto (2).

Perchè questa nozione possa variare è necessario, che la offesa, di cui è da stabilirsi il giudizio da fornir titolo alla difesa non interessi la società, ma interessi il governo che la rappresenta lo che avviene nel delitto *politico*. In questo caso è duopo distinguere. O la forma del governo è pura come nella monarchia assoluta, o nel-

(1) Vedasi qui addietro a *pag.* 45. *not.* 1.
(2) Vedasi qui addietro a *pag.* 43.

la democrazia collettiva o rappresentativa che ella pur siasi, e non vi è titolo a cambiar metodo nella verificazione del delitto politico perchè il magistrato, il quale riconosce la sua delegazione da un fonte unico di potestà e rappresenta nel medesimo tempo il governo, e la società, può giudicare del delitto politico come d'ogni altro delitto. O la forma del governo è *mista* di monarchia, e di democrazia, lasciando a parte tutti i vocaboli palliativi della discordanza di questi due elementi posti a contatto tra loro, ed allora se il magistrato può rappresentare la società in tutti i delitti dell'ordine civile i quali interessano più l'uomo che il cittadino non può rappresentare due poteri rivali, ed in presenza l'uno dell'altro quali sono l'elemento monarchico, e l'elemento democratico ammessi a dividersi l'impero nella città. È duopo allora, che i due poteri rivali si concertino tra loro onde il giudizio del delitto politico non divenga o nelle mani dell'uno o nelle mani dell'altro un mezzo di supplantarsi reciprocamente.

Laonde il delitto politico forma non di sua natura ma per natura del misto governo della città una eccezione, che il dritto ordinario, destinato a fornire le migliori combinazioni del principio politico preservatore della umana sociabilità colla giustizia che ne è il primo ed essenziale bisogno, non può comporre; ed è duopo per darle sistema d'un dritto il quale, se pur ne merita il nome, tragga il suo titolo, e la sua origine dalla

transazione che due forze rivali pattuiscono insieme.

Se la transazione ammette al giudizio del delitto politico giudici tratti dal popolo, ciò avviene perchè esso presume esser solo competente a decidere se l'atto denunziato come ostile contro lo stabilito governo ne presenti realmente il carattere, e non sia piuttosto un esercizio legittimo delle pubbliche libertà. Considerato in questo aspetto il delitto politico offre un oggetto di esame, che non rassomiglia in verun modo a quello del delitto ordinario, e siccome nel divisato stato di cose la sua entità dipende tutta dal confronto dell'atto in cui si dice consistere e le costituzioni della città, la pratica che il popolo ne ha per il mezzo delle discussioni pubbliche, e de' giornali lo pone in grado di conoscere senza ajuto di giurisprudenza ciò che decide; ed a questo caso forman corona tutte le istituzioni delle quali va superbo il *Jury*: la pubblicità, la discussione orale, la sentenza non scritta ma pronunziata, e sollecita, l'assoluzione definitiva, o la definitiva condanna (1).

Ma un eccezione se sia reclamata dalla specialità d'un caso, e d'un luogo non distrugge la regola che la scienza, delle sole generali cose occupandosi, ha stabilita. E col solo mezzo di questo caso contingibile di eccezione sono se non composte almeno in qualche modo spiegate le

(1) Il sig. Feuerbach ha pur egli sostenuto che il delitto politico ammette il *Jury*. *Riflessioni sul tribunale del Jury*.

grandi, e calde controversie, che oggi si agitano sulla entità del delitto politico (1).

La necessità di giudicare in certe determinate circostanze di pubblico dritto d'una certa e determinata offesa non conduce a sacrificare alla ignoranza la scienza sotto pretesto di meglio assicurare le pubbliche libertà.

Che se la scienza è il solo, e vero criterio della giustizia tanto più un metodo giudiciario apparirà ingiusto quanto più apparisce atto ad esser guidato, ed esaurito da chi men la possiede. Nè la scienza destinata a esser guida al metodo giudiciario, declinando da' veri razionali suoi fonti, può con una petizione di principio che al suo carattere mal si addice prendere come generale bisogno degli uomini un bisogno di circostanza, e per meglio atteggiarvi un processo penale, il quale non sodisfa ai voti della giustizia, dargli origini ideologiche, immaginando la sua filiazione legittima dallo *spiritualismo:* denigrando il processo che gli è opposto quasi parto di *materialismo:* e coonestandolo co' nomi i più acconci a conciliarsi le simpatìe degli uomini dabbene di *giusto assoluto*, di *buon senso*, di *senso comune*, e di *coscienza* o dell'individuo o della società, o della umanità intera.

Dura, e penosa è allora la condizione dell'amico della umanità, e della giustizia. Sebbene i sistemi ideologici sul grado di certezza delle co-

(1) Vedasi il *lib.* 2. *cap.* 6. *pag.* 119.

gnizioni umane non abbiano cosa alcuna di comune col dritto egli dee necessariamente risalire alla discussione di que' sistemi: mostrare che il dritto n'è indipendente e per qual modo, o come in esso restino conciliati i *principj*, ed i *fatti*: come i *principj* servan di limite non di origine, e di guida ai *fatti*, che il progressivo sviluppamento della sociabilità umana presenta. Questo criterio applicato alla cognizione de' limiti che per la sicurezza comune la legge dee porre o alle libere azioni degli uomini o all' arbitrio di chi gli governa fornisce sempre le miglior combinazioni possibili della forza colla giustizia.

FINE DEL LIBRO QUARTO ED ULTIMO.

INDICE

TAVOLA I.^A

IN CUI S'INDICANO GLI AUTORI O PARTICOLARMENTE NOTATI, O CENSURATI, O ENCOMIATI NEL TESTO, E NELLE NOTE.

Il Num.° romano indica il volume: l'arabo la facciata.
Il Num.° delle note è stato omesso per brevità.

A

C

D

G

H

J

K

L

M

N

O

P

S

T

U

V

W

FINE DELLA TAVOLA PRIMA.

TAVOLA II.ª

CONTENENTE LA INDICAZIONE SOMMARIA DELLE MATERIE TRATTATE NEL TESTO E NELLE NOTE.

Il Num.º romano indica il volume: l'arabo la facciata: la lettera n. le note.

A

B

C

E

L

M

N

O

S

T

U

V

FINE DELLA TAVOLA SECONDA ED ULTIMA.

ERRORI

OCCORSI NELL' OPERA

ERRORI			CORREZIONI
		VOLUME I.	
pag.	*verso*		
10	2	*not.* Demeray	Demerary
280	5	sulle une	sull'una
ivi	16	che le	che gli
282	17	*not.* e messo in una specie	in una specie
		VOLUME II.	
20	17	può, come	può come
36	5	*not.* Alconeone	Alcmeone
44	17	*not. atto sol,*	*alto sol*
79	9	*not.* 18 5.	1825.
ivi	6	Oersled	Oersted
89	10	*not.* A. Sodeu	A Soden
114	4	*not. quod lite*	*quia lite*
119	5	*not.* lo stato	così lo stato
121	20	glie n'è grado	glie n' è a grado
127	1	*not. publineity*	*sublimity*
129	7	*not. Thougth*	*Thougts*
153	2	considerato	considerata
178	2	*not. Derhing*	*Behring*
187	2	speso	spesso
193	23	eccessi	accessi
269	12	dichiararono	dichiarano
279	5	*not.* contrario senza	contrario senso
281	11	*not.* spingerne	spingere
282	1	*not.* con colpa	con colpi
284	4	*not.* più versi	que' versi
304	12	animo onde	animo: onde
352	6	*not. ossam*	*offam*
385	1	*not.* quella	quello

ERRORI			CORREZIONI

VOLUME III.

pag.	verso		
17	16	coll'esterno	all'esterno
46	1	o dalla	e dalla
115	1	sarebbe,	sarebbe, cercarlo
146	14	*not.* Pimez	Pirmez
149	1	*not.* Isach	Isaach
158	2	*not.* Tubinig.	Tubing.
308	5	*not.* Farniano	Fabiano
322	2	e indifferenti	o indifferenti
336	1	*not.* Sancho	Sancho
338	1	civile e	civile è
343	7	*not. Treatis*	*Treatise*

VOLUME IV.

42	3	*not.* cap. XVIII.	cap. XIX.
50	6	*not.* Knovrii	Knorrii
82	21	*legge scritto*	*legge scritta*
126	1	*not.* Blaochio	Blanco
186	4	degli uni	dagli uni
398	30	Morocco	Marocco
408	9	Psizer	Pfizer
404	35	comento	lamento
406	6	quelli	quelle
420	13	di dritto	del dritto
424	25	diverso del *malizioso,*	diverso dal *religioso* e
426	16	nella massa	nelle masse
428	24	al giureconsulto	alla giurisprudenza
429	34	differisca	differisce
432	1	senza mistero	senza mistura